



ЮРИДИЧНИЙ НАУКОВИЙ ЕЛЕКТРОННИЙ ЖУРНАЛ

ЕЛЕКТРОННЕ НАУКОВЕ
ФАХОВЕ ВИДАННЯ

www.lsej.org.ua

4' 2021

**Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України**

**Електронне наукове фахове видання
«Юридичний науковий
електронний журнал»**

№ 4, 2021

**На підставі Наказу Міністерства освіти та науки України № 409 від 17.03.2020 р. (додаток 1)
журнал внесений до переліку фахових видань категорії «Б» у галузі юридичних наук
(081 – Право, 262 – Правоохоронна діяльність, 293 – Міжнародне право)**

**Журнал включено до міжнародної наукометричної бази Index Copernicus International
(Республіка Польща)**

**Статті у виданні перевірені на наявність плагіату за допомогою програмного забезпечення
StrikePlagiarism.com від польської компанії Plagiat.pl.**

**Запорізький національний університет
Запоріжжя 2021**

Юридичний науковий електронний журнал – електронне наукове фахове видання юридичного факультету Запорізького національного університету

РЕДАКЦІЙНА КОЛЕГІЯ:

Головний редактор:

Коломосць Тетяна Олександрівна – доктор юридичних наук, професор

Заступник головного редактора:

Бондар Олександр Григорович – доктор юридичних наук, професор

Відповідальний секретар:

Віхляєв Михайло Юрійович – доктор юридичних наук, доцент

Члени редакційної колегії:

Батюк Олег Володимирович – кандидат юридичних наук, доцент;

Биргеу Михайло Михайлович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Молдова);

Болокан Інна Вікторівна – доктор юридичних наук, доцент;

Верлос Наталя Володимирівна – кандидат юридичних наук, доцент;

Войцех Войтила – доктор гуманітарних наук у галузі філософії (Республіка Польща);

Волошина Владлена Костянтинівна – кандидат юридичних наук, доцент;

Галіцина Наталя Вікторівна – доктор юридичних наук, доцент;

Демидова Ірина Андріївна – кандидат юридичних наук, доцент (Республіка Білорусь);

Діхтієвський Петро Васильович – доктор юридичних наук, професор;

Дугенець Олександр Сергійович – доктор юридичних наук, професор (Російська Федерація);

Дудоров Олександр Олексійович – доктор юридичних наук, професор;

Ібрагімов Соліджон Ібрагімович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Таджикистан);

Колпаков Валерій Костянтинівич – доктор юридичних наук, професор;

Курінний Євген Володимирович – доктор юридичних наук, професор;

Кушнір Сергій Миколайович – доктор юридичних наук, професор;

Сильченко Микола Володимирович – доктор юридичних наук, професор (Республіка Білорусь);

Смирнов Максим Іванович – кандидат юридичних наук, доцент;

Стеценко Семен Григорович – доктор юридичних наук, професор;

Тернушак Михайло Михайлович – доктор юридичних наук;

Уільям Дж. Уоткінс – доктор юридичних наук (США);

Федчишин Дмитро Володимирович – кандидат юридичних наук;

Шарая Анна Анатоліївна – кандидат юридичних наук.

*Рекомендовано до опублікування вченою радою
Запорізького національного університету,
протокол № 9 від 27.04.2021 р.*

ЗМІСТ

РОЗДІЛ 1

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА;
ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

Бібік О.В. ПОНЯТТЯ ФІКЦІЇ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ: СУЧАСНИЙ ЕТАП РОЗВИТКУ.....	18
Білоусова К.В., Пряміцин В.Ю. ПРОТИРІЧЧЯ ДЕМОКРАТИЧНОГО ПОЛІТИЧНОГО РЕЖИМУ.....	21
Богачова Л.Л., Ковальчук Д.Р., Кундій А.Ю. ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В УКРАЇНІ.....	24
Богачова Л.Л., Магда Є.В. ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ.....	28
Бурдоносова М.А. ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ.....	31
Гончар Ю.В. ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ВІД ВИТОКІВ ДО СУЧАСНОСТІ.....	34
Грень Н.М. МОЛОДІЖНІ РУХИ ПРОТИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ВІКОМ.....	39
Завгородня Ю.С. ДИТИНА ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН: ОКРЕМІ ЗАУВАГИ (ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ).....	42
Кухарець Д.В., Голіна О.Ю., Васильченко Р.В. ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАЛУЧЕННЯ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ ДО МІЖНАРОДНИХ ОПЕРАЦІЙ ІЗ ПІДТРИМАННЯ МИРУ ТА БЕЗПЕКИ.....	46
Маркович Х.М. ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ЯК МЕХАНІЗМ КОНСТРУЮВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ... 51	51
Матяшовська Р.Ю. СПІВВІДНОШЕННЯ ГЛОБАЛЬНОГО ТА НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	55
Павленко В.П. ІНФОРМАЦІЙНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ.....	58
Сидоренко О.О., Кухарчук А.В., Ткаченко О.Р. ПРАВОВА КУЛЬТУРА: ПОНЯТТЯ, СКЛАД ТА ЇЇ СТАН В УКРАЇНІ.....	62
Сидоренко О.О., Яворський В.О., Квасильчук Д.Б. КОРУПЦІЯ ЯК ВИД ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРИЧИНИ ТА ОСНОВНІ МЕТОДИ БОРОТЬБИ.....	65
Стаднік І.В., Тріпак Ю.Р. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ПРИНЦИП ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ ЛЮДИНИ.....	69
Сябренко В.В., Татарінова А.В. ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ.....	73
Чепульченко Т.О., Гречко Я.В., Залізко А.О. ПРОБЛЕМИ ГЕНДЕРНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ.....	77
Шершенькова В.А., Попсуєнко Л.О. ПЕРША КОДИФІКАЦІЯ ПРАВА В РАДЯНСЬКІЙ УКРАЇНІ (20-ТІ РР. ХХ СТ.).....	82
Ященко Д.С., Ромашко О.І. АВГУСТО ХОСЕ РАМОН ПІНОЧЕТ УГАРТЕ І КОНСТИТУЦІЯ ЧИЛІ 1980: КРИЗЬ АВТОРИТАРИЗМ ДО ДЕМОКРАТІЇ.....	85

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

Байрачна Л.К., Маленко В.О. НЕДОЛІКИ ІНСТИТУТУ КОНТРАСИГНУВАННЯ: ВІД ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕХНІКИ ДО ПРАВОНАСТОСУВАННЯ.....	90
Байрачна Л.К., Тільна К.С. НАVEAS CORPUS ACT У НОРМАХ МІЖНАРОДНОГО ТА УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ.....	94
Батлук М.В., Козлова П.Г. ДО ПИТАННЯ ПРО ІНСТИТУТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДІТЕЙ.....	98
Гриньов С.О., Закоморна К.О. ЕЛЕКТРОННЕ ГОЛОСУВАННЯ: ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД.....	101
Дюжник Д.О., Таранов М.А. СПІВВІДНОШЕННЯ ЛОБІЗМУ ТА АДВОКАЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ.....	106

Закоморна К.О., Чуйко В.О. КОНСТИТУЦІЙНІ РЕФОРМИ В ТУНІСІ ТА ЄГИПТІ: ПЕРЕДУМОВИ ТА НАСЛІДКИ.....	111
Кошель В.В., Псьота О.В. ЩОДО ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ ІНСТИТУТУ РЕФЕРЕНДУМУ В УКРАЇНІ.....	115
Муртіщева А.О., Землякова Д.С., Волченкова А.С. ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ: СВІТОВИЙ ДОСВІД.....	119
Новицький Д.В., Пісоцький А.Ф. ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ АВТОНОМІЇ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: НА ПРИКЛАДІ ПІВНІЧНОЇ ІРЛАНДІЇ, ГОНКОНГУ ТА КОРСИКИ.....	123
Олійник А.Ю. РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СВОБОДИ ОСОБИ НА ПІДПРИЄМНИЦТВО В ПРОЦЕСІ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....	128
Петришина М.О., Алексанян К.А. КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕФОРМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УГОРЩИНІ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ.....	132
Правдюк А.Л. КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД.....	136
Рижкова Ю.А., Закоморна К.О. ОБМЕЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ.....	139
Самусєва К.В. КОНЦЕПЦІЯ ДЕВОЛЮЦІЇ В ІСТОРІЇ ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ.....	143
Скрипник Ю.О., Курчевьонюк Г.Є. РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОЦЕДУРИ ІМПІЧМЕНТУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ.....	148
Сорока Є.Є., Горбачевська Д.В. ІНСТИТУТ ДЕПУТАТСЬКОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ТА ЙОГО СКАСУВАННЯ В УКРАЇНІ.....	152
Уколова В.О., Уколова Є.О. КОНСТИТУЦІЙНИЙ РОЗВИТОК КАНАДИ.....	156
Храпська А.О. КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА МИРНІ ЗІБРАННЯ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ.....	160
Черниш В.В. ХАРАКТЕРНІ ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА КИТАЙСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ.....	164
Шаповал К.О., Безпалько Ю.Ю., Хребтова Ю.А. ОБОВ'ЯЗКОВА ВАКЦИНАЦІЯ: ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЧИ НЕОБХІДНІСТЬ?.....	168
Якубов Б.В. ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ З УКРАЇНСЬКИМИ РЕАЛІЯМИ.....	172

РОЗДІЛ 3

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

Арсієнко С.В., Ісаєв А.М. СТЯГНЕННЯ НЕУСТОЙКИ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ, ЩО ВИПЛИВАЮТЬ ІЗ МІКРОПОЗИКИ.....	176
Баранова Л.О., Товстик А.О. ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ ТА ЗА ЗАКОНОМ.....	179
Бежевець А.М., Монаршук А.О. КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР ЯК МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ТОВАРИСТВ.....	182
Вартовнік О.М. ПИТАННЯ ПРО АБСОЛЮТНИЙ ХАРАКТЕР ПРАВА В КОНТЕКСТІ АНАЛІЗУ ДЕЯКИХ ГАРАНТІЙ СПРАВЕДЛИВОГО СУДУ ЗА СТАТТЕЮ 6 ЄКПЛ.....	186
Васіліу К.Є. ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ТА ЙОГО ЕЛЕМЕНТИ.....	190
Головченко Т.О., Лукаш Є.Ю. СПОСОБИ ЗАХИСТУ ВІД ПОШИРЕННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ: ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ В КОНТЕКСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА.....	195
Горбачова В.С. СПРЯМОВАНІСТЬ ДОГОВОРУ ПРО ЗАДОВОЛЕННЯ ВИМОГ ІПОТЕКОДЕРЖАТЕЛЯ.....	201
Гулаткан С.В., Ткачук А.Я. ПРИНЦИП ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	205
Дяченко С.В., Науменко К.С. АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН.....	209
Засць Є.Ю., Кузьміна В.О. АКТУАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ ФОРС-МАЖОРУ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ.....	213

Ільків О.В. ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ.....	217
Кравцов С.О., Завгородня А.С., Точій А.О. ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У СИСТЕМІ ЗАСОБІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	220
Кравцов С.О., Правник С.О., Мошура Л.В. ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО ЯК СУЧАСНИЙ ТРЕНД.....	224
Красуцький В.В. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ЗАБЕЗПЕЧЕНИХ ВИМОГ ДО МАЙНОВОГО ПОРУЧИТЕЛЯ.....	229
Курафєєва І.В., Бершадська Д.Р. ПРАВОВИЙ ДУАЛІЗМ СТРИТ-АРТУ: МИСТЕЦТВО VS. ВАНДАЛІЗМ.....	233
Лахтадир С.Л. КІБЕРБЕЗПЕКА ЯК ЕЛЕМЕНТ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ.....	236
Логойко О.О. ПРАВОВА ПРИРОДА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ІГОР І ПАРІ.....	240
Майкут Х.В. ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ПРАВО НА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У КОНТЕКСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	243
Маленко В.В. СУТНІСТЬ ПРЕДСТАВНИЦТВА ТА РОЛЬ АДВОКАТА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	248
Мартинюк О.В., Довгань Б.В., Захарчук Д.О. ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО НЕДІЙСНОСТІ ШЛЮБУ.....	251
Павленко В.С. ОХОРОНА ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ У МЕХАНІЗМІ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ.....	255
Піддубна В.Ф., Щербина В.А. ДОГОВІР КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ПІДПРИЄМСТВА: ПРАВОВІ АСПЕКТИ.....	259
Поклонська О.Ю. ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПІЛЬНОГО ЗАПОВІТУ ПОДРУЖЖЯ ЗА НАЦІОНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ.....	262
Пронік С.В., Коробцова Н.В. АНАЛІЗ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ПЕРСОНАЛІЗОВАНОГО ЗБЕРІГАННЯ АНАТОМІЧНОГО МАТЕРІАЛУ БІОБАНКОМ.....	265
Ратушна Б.П., Грещук Г.І. ДОСТОВІРНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ.....	269
Саснко А.Г., Сичик В.В. ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ БЕЗ ВИНИ.....	272
Санакєєва Ю.Є. ДОГОВІР ПІДРЯДУ ТА ТРУДОВИЙ ДОГОВІР: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ.....	276
Сокурєнко В.А., Хрякова Н.О. ПРАВО НА ПРИВАТНІСТЬ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ У КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ.....	280
Чабан О.М., Ратушна Б.П. ПІДСТАВИ ДЛЯ РОЗІРВАННЯ ДОГОВОРУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....	285
Чорна А.І., Дяченко С.В. РОЗГЛЯД ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ В РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ЯК СКЛАДНИК ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ.....	289
Шабєтя С.А., Несін В.В. ПРАВОВІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ОСОБИ В УКРАЇНІ.....	293
Шишка Н.В. ПОНЯТТЯ «МЕДІАЦІЯ» ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ: ДО ПРОБЛЕМИ ПРАВОРозУМІННЯ.....	297

РОЗДІЛ 4

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

Григор'єва В.В., Авдєєв О.В. НАЛЕЖНА МОТИВАЦІЯ ЯК ПОКАЗНИК ЯКІСНОГО РІШЕННЯ.....	302
Ліллемєє О.Е., Джабраїлов Р.А. ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ПІД ЧАС ФІНАНСУВАННЯ ОБ'ЄКТІВ ІНФРАСТРУКТУРИ.....	306
Тюріна Ю.Є. ОРГАНІЗАЦІЯ ПРОДАЖУ МАЙНА БАНКРУТА НА АУКЦІОНІ В ЛІКВІДАЦІЙНІЙ ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА.....	310
Швидка Т.І., Логвиненко С.С. ДОТРИМАННЯ ГАРАНТІЙ НЕПОРУШНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОЦЕДУРИ СКВІЗ-АУТУ.....	314

РОЗДІЛ 5**ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ**

Денисюк П.Д. ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ МІГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ КРАЇН ЄВРОПИ.....	318
Заїка Д.І. АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ ІТ-СФЕРИ.....	322
Кисельова О.І., Доценко А.В. ПРОБЛЕМА НЕФОРМАЛЬНИХ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ.....	326
Клочко А.М., Горбачова К.М., Нежевело В.В. ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ЗА МЕЖАМИ БАТЬКІВЩИНИ.....	329
Конопельцева О.О., Семенченко Т.В., Чебан Ю.В. ЩОДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ ЖІНОК, ПОВ'ЯЗАНОЇ З МАТЕРИНСТВОМ.....	332
Мацегора Ю.В. ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ В УМОВАХ ДИСТАНЦІЙНОЇ РОБОТИ.....	336
Середа О.Г., Власюк Ю.С. ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ.....	339
Трюхан О.А. ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕДИКО-СОЦІАЛЬНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ: ВІД ТЕОРІЇ ДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ.....	342
Юровська В.В., Острогляд Д.А., Чернявська Д.С., Целиковська О.А. ДИСТАНЦІЙНА ЗАЙНЯТИСТЬ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ.....	346

РОЗДІЛ 6**ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО;
ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО**

Баїк О.І. ПРО СИСТЕМУ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ЗЕМЕЛЬНИМИ РЕСУРСАМИ УКРАЇНИ.....	350
Балащенко М.І. ДО ПИТАННЯ ОРЕНДИ ЗЕМЕЛЬНИХ ЧАСТОК (ПАЇВ) ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ.....	355
Волчкова М.І. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ЗЕМЛІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ.....	359
Надьон А.Р., Скобова О.В. КОМПЛЕКСНИЙ ПЛАН ПРОСТОРОВОГО РОЗВИТКУ ТЕРИТОРІЇ ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ: ПРАВОВІ ПИТАННЯ.....	363
Пізняк О.Є., Савченко А.М., Чеботарьов М.М. «ЗЕЛЕНИЙ» ТАРИФ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА НАСЛІДКИ ВПРОВАДЖЕННЯ.....	367

РОЗДІЛ 7**АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС;
ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО**

Андрущенко О.П., Шульга Т.М. ЗНАЧЕННЯ УМИСЛУ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ.....	371
Афанасьєв Д.В., Кухарчук А.М. ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПОГЛЯД НА ПИТАННЯ.....	374
Бабасєвська В.В., Д'яченко К.С., Шульга Т.М. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ.....	377
Вашук Н.Ф. АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ГАЛУЗІ ЛЕГКОЇ ПРОМИСЛОВОСТІ УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ, ВИКОРИСТАННЯ ДОСВІДУ РЕСПУБЛІКИ БІЛОРУСЬ.....	380
Грабар Н.М., Лук'янова Г.Ю. СПЕЦИФІКА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРОСТУПКИ НЕПОВНОЛІТНІХ.....	385
Климович Ю.О., Шульга Т.М. ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВЗАСТОСУВАННЯ У СПОРАХ ЩОДО МІЖНАРОДНОГО ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ В УКРАЇНІ.....	389
Ковальова Я.О., Пацера Ю.О. ЗАКОНОДАВЧІ ТА ДЕОНТОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ РЕКЛАМИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ.....	392
Ковтун М.С., Крамінська Д.М., Головащенко Д.С. ПРАВОВА ПРИРОДА ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ.....	395

Комарницька І.І. СУБ'ЄКТИ ПРОФІЛАКТИКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ У ФІНАНСОВІЙ СФЕРІ ЗАСОБАМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА.....	399
Парпан У.М., Лесько Н.В. ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ПОРУШЕННЯ ЛІСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ.....	403
Прокопенко А.О. ДОСУДОВЕ ВИРШЕННЯ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ ТА АДМІНІСТРАТИВНЕ ОСКАРЖЕННЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ В КОНТЕКСТІ ЇХ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ПРОЦЕДУРУ...	406
Тарасова А.Д., Червінська Д.І. ВИРШЕННЯ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ, УКРАЇНСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА АЛЬТЕРНАТИВИ.....	410
Шульга Т.М., Бевза Д.О., Бабійчук В.С. ПРОВАДЖЕННЯ ЕФЕКТИВНОЇ ПОДАТКОВОЇ ПОЛІТИКИ В НАПРЯМІ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ ВИРОБНИЦТВА: БАЛАНС СТИМУЛІВ ТА САНКЦІЙ.....	414
Якущенко Ю.М. ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ.....	418
Янішевська К.Д. ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ.....	422

РОЗДІЛ 8

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

Арпентій С.П. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ВИЗНАЧЕННЯ ТЕРОРИЗМУ.....	425
Бахновська І.П., Білоус І.М. ПРИЧИНИ ТА УМОВИ СКОСННЯ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....	429
Білевський П.С. МОТИВИ ТА МОТИВАЦІЯ ТЕРОРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ.....	433
Бодейко В.А. ПІДСТАВИ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ АМНІСТІЇ В УКРАЇНІ ДЛЯ УЧАСНИКІВ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ НА СХОДІ УКРАЇНИ.....	437
Володіна О.О., Тітова В.І. КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА ЯК НОВЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ.....	441
Діброва Т.А., Пісенко Д.О., Ткачова О.В. ПРАВО НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ОСІБ, УВ'ЯЗНЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ.....	445
Дручек О.В., Легенький В.В. ПРОТИДІЯ ЗЛОЧИНАМ, ЗДІЙСНЕНИМ НА ҐРУНТІ НЕНАВИСТІ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ, ОЗНАКИ.....	450
Зубицька І.В. ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЯ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ, ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД, НАЦІОНАЛЬНІ ПЕРСПЕКТИВИ.....	454
Малахов Г.Б. КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА У СФЕРІ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ.....	459
Озерчук І.М. СПЕЦІАЛЬНО-КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗАПОБІГАННЯ ТЕРОРИЗМУ.....	463
Парасюк М.В. ПРИМУСОВІ ЗАХОДИ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ У СИСТЕМІ ЗАХОДІВ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ: ПОГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ.....	467
Парасюк Н.М. ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ ІЗ ВИПРОБУВАННЯМ ЗА ВЧИНЕННЯ ТЯЖКИХ ТА ОСОБЛИВО ТЯЖКИХ ЗЛОЧИНІВ: ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДОЦІЛЬНОСТІ.....	471
Повалена М.В. ВИДИ НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА.....	475
Романов М.В., Сеплива Ю.О., Суббота М.С. ПРОБАЦІЯ ЯК ПЕРСПЕКТИВНИЙ ЗАСІБ РЕСОЦІАЛІЗАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУСПІЛЬСТВА.....	480
Устінова-Бойченко Г.М., Богатирьова М.О., Черниш Т.В. ОСНОВНІ КРИМІНОЛОГІЧНІ РИСИ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СТВОРЕННІ НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ ЗАКОНОМ ВОЄНІЗОВАНИХ АБО ЗБРОЙНИХ ФОРМУВАНЬ.....	485
Ханішин М.О., Ромашко О.І. АНАЛІЗ НОВЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВОПОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ.....	489
Чемодурова А.Ю. ФОРМИ СПІВУЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ.....	493
Шульженко Н.В., Матвієнко В.В. СПІВВІДНОШЕННЯ ДОВІЧНОГО УВ'ЯЗНЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА ПРАВО НА НАДІЮ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	496

РОЗДІЛ 9**КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА;
СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ**

Бабасва О.В., Ахмедова А.О., Гахраманова І.Б. ВИКОРИСТАННЯ ТА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ.....	499
Бабасва О.В., Дядик В.О. БЮРО ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ.....	505
Бойко А.О., Прохорова А.О. ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ОСОБИ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ: ПРОЦЕДУРНІ ОСОБЛИВОСТІ ТА ПОРУШЕННЯ НА ПРАКТИЦІ.....	510
Гриб І.В., Цилюрик І.І. ПРОБЛЕМИ ЗБИРАННЯ ТА ПОДАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ.....	515
Давиденко С.В., Скідан Н.В. МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСАДИ ДИСПОЗИТИВНОСТІ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАЧЕННЯ ПРИ ОТРИМАННІ ДОЗВОЛУ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	519
Коробка О.С. ОПУСТИМИСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ.....	524
Коропецька С.О., Савченко В.А. ВІДБРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ ДЛЯ ЕКСПЕРТИЗИ: ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД.....	527
Могила В.С. УХВАЛА СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ДОЗВІЛ НА ОБШУК ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ.....	532
Пачколіна В.А., Кириченко К.С., Селівьорстова М.Р. РЕЧОВІ ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	536
Сенченко Н.М., Кравченко В.Я. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ.....	539
Сидорчук В.В. ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ВИДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СЛІДЧОГО.....	544
Степанюк Р.Л., Перлін С.І. ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ МАТЕРІАЛІВ, РЕЧОВИН І ВИРОБІВ.....	548
Фрідман-Козаченко М.М., Короткова Є.О. МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ПІД ЧАС ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ДОХОДІВ ЗЛОЧИННОГО ПОХОДЖЕННЯ.....	552
Чабаненко Ю.С., Лескова-Годлевська Ю.К., Потурайко С.О. ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ДОПИТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ З ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТІЖНИХ ЗАСОБІВ І СИСТЕМ.....	555
Чабаненко Ю.С., Мельник О.М. УДОСКОНАЛЕННЯ МЕТОДИКИ ПРОВЕДЕННЯ ПРАКТИЧНИХ ЗАНЯТЬ З ДИСЦИПЛІНИ «ВОГНЕВА ПІДГОТОВКА» У МАЙБУТНІХ ПРАЦІВНИКІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ.....	559
Ямненко Т.М., Літвінова І.Ф. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В ГАЛУЗІ МЕДИЦИНИ (МЕДИЧНИХ СПРАВ).....	563

РОЗДІЛ 10**СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА**

Власенко М.В., Приблуда П.М. ПІДСТАВИ ПРИТЯГНЕННЯ АДВОКАТА ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ДЕОНТОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ.....	567
Гайворонська В.В., Водолазький С.Г., Микитюк О.С. ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ Й ДЕОНТОЛОГІЧНІ СТАНДАРТИ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	572
Рамазанова С.Р. ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТІВ У НАДАННІ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ: ПОЗИТИВНІ АСПЕКТИ ТА ДОЦІЛЬНІ ЗМІНИ В ЗАКОНОДАВСТВІ.....	576
Трагнюк Р.Р. ПРОБЛЕМИ ЗВІЛЬНЕННЯ ПРОКУРОРІВ ПІД ЧАС АТЕСТАЦІЇ.....	580

РОЗДІЛ 11**МІЖНАРОДНЕ ПРАВО**

Белей О.В., Дулепа В.П. ПРАВО НА ШТУЧНЕ ПЕРЕРИВАННЯ ВАГІТНОСТІ В АСПЕКТІ СТАТЕЙ 2 ТА 8 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОДИ.....	584
--	-----

Бойчук Д.С., Панаїд Я.І. ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСОБІВ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА НА СУДОВИЙ РОЗГЛЯД У РОЗУМНИЙ СТРОК У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄСПЛ: ДОСВІД ПОЛЬЩІ.....	588
Власенко С.О., Трішина С.О. ДОПУСТИМИ РАМКИ ВТРУЧАННЯ У ПРАВО НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ У ПРАКТИЦІ ЄСПЛ (ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ).....	594
Долженков О.Ф., Пядишев В.Г. ДОСВІД ПОЛІЦІЇ ООН В ОЦІНЦІ ДИНАМІКИ АГРЕСИВНОСТІ НАТОВПУ В ОПЕРАЦІЯХ ІЗ ПІДТРИМАННЯ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ ДЛЯ ВИРОБЛЕННЯ ПОПЕРЕДЖУЮЧОЇ ПОЛІТИКИ.....	598
Калюжна У.О., Соха С.С. ПЕРСПЕКТИВИ РАТИФІКАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД.....	604
Клочко А.М., Волченко Н.В., Клецова Н.В. МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ДЛЯ ОЦІНКИ ПЕРЕВАГ ТА РИЗИКІВ ВІДКРИТТЯ РИНКУ ЗЕМЕЛЬНИХ РЕСУРСІВ В УКРАЇНІ.....	607
Косінова Д.С., Малик К.Р. ТРАНСНАЦІОНАЛЬНІ КОРПОРАЦІЇ ПРОВІДНИХ КРАЇН СВІТУ ТА АНТИМОНОПОЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО: ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ТА МОЖЛИВИЙ МЕХАНІЗМ ВЗАЄМОДІЇ.....	612
Куксіна К.А. ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ДЕРЖАВИ ЩОДО ЗАБОРОНИ КАТУВАННЯ: ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	615
Кукуріло Д.О. МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИЗМУ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ.....	619
Малик К.Р. ЗАХИСТ НАВКОЛИШНЬОГО СЕРЕДОВИЩА У ЗВ'ЯЗКУ ЗІ ЗБРОЙНИМИ КОНФЛІКТАМИ.....	623
Ніколюк А.В., Бедрата А.В. ВАКЦИНАЦІЯ ПРОТИ COVID-19: ПРАВО ЧИ ОBOB'ЯЗОК У РОЗУМІННІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	626
Олексієнко А.В., Чебукіна Д.О. ПРЕЮДИЦІАЛЬНІ ЗАПИТИ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ЄС.....	630
Павленко К.Є., Бублик Д.С. ГЕНДЕРНА ПОЛІТИКА: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИМІР І ДОСВІД УКРАЇНИ.....	633
Светлічна С.Ю. ПРАВО НА ДОСТУП ДО СУДУ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	638
Сердюк А.О., Федчишина Ю.В. ВЗАЄМОДІЯ ЄСПЛ ТА СУДУ СПРАВЕДЛИВОСТІ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ.....	642
Степаненко К.В. ЄВРОПЕЙСЬКЕ ІНТЕГРАЦІЙНЕ ПРАВОСУДДЯ: ПОНЯТТЯ ТА ОСНОВНІ ФОРМИ.....	645
Толстенко Ю.О., Мулява О.О., Здоровцова О.Ю. ДОТРИМАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ПІД ЧАС COVID-19.....	649
Чорнобривець Є.С., Шрамченко К.М. ПРОБЛЕМИ ТА СТАН ВИКОНАННЯ УКРАЇНОЮ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	653
Шевченко І.Ю. КОНЦЕПЦІЯ «ПРАВОМІРНЕ ОЧІКУВАННЯ» У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ.....	656
Шевченко Ю.А. АНАЛІЗ РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У СПРАВІ «ДЖОДЖАЙ ПРОТИ АЛБАНІЇ» КРИЗЬ ПРИЗМУ МІЖНАРОДНОГО І НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА.....	660
Шелухін О.М. НОРМАТИВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУДНОПЛАВСТВА ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕВЕЗЕНЬ МОРСЬКИМ ТРАНСПОРТОМ.....	664

РОЗДІЛ 12

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

Черкасов Д.О. ЩОДО НЕОБХІДНОСТІ ЗМІНИ ТЯГАРЯ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ПРИТЯГНЕННІ ВИРОБНИКА ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ ВНАСЛІДОК ДЕФЕКТУ В ЦИФРОВІЙ ПРОДУКЦІЇ.....	667
Лис О. Г. ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА У СФЕРІ ІНКЛЮЗИВНОЇ ОСВІТИ У ЗАКЛАДАХ ДОШКІЛЬНОЇ ОСВІТИ КРИЗЬ ПРИЗМУ ДІЄВИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАКТИК.....	670
Мануїлова А. І. УМОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ТА ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПУ ЕСТОПЕЛЬ.....	674
Малетич М.М. ПРО ВПРОВАДЖЕННЯ ГЛОБАЛЬНИХ СТАНДАРТІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОВАДЖЕНЬ В НАЦІОНАЛЬНИХ ПОЛІТИКАХ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ.....	678
Капітаненко Н.П. ОБ'ЄКТИВНА СТОРОНА СКЛАДУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ.....	681
Аніна О.О. ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ У СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ УКРАЇНИ.....	685
Денисенко В.В. ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ПОКАЗАНЬ СВИДКА ЯК ДЖЕРЕЛА ДОКАЗІВ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ.....	690
Soloviova Alina. CIRCUMSTANCES THAT EXCLUDE THE CRIMINAL ILLEGALITY OF THE ACT UNDER THE CRIMINAL CODES OF UKRAINE AND SOME FOREIGN COUNTRIES.....	694
Спринцев П.С. ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАПОБІГАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ.....	698

CONTENTS

SECTION 1

THEORY AND HISTORY OF THE LAW AND THE STATE;
HISTORY OF POLITICAL AND LEGAL DOCTRINES

Bibik O.V. THE CONCEPT OF FICTIONS IN LEGAL REGULATION: CONTEMPORARY STAGE OF DEVELOPMENTS.....	18
Bilousova K.V., Priamitsyn V.Yu. CONTRADICTIONS OF THE DEMOCRATIC POLITICAL REGIME.....	21
Bohachova L.L., Kovalchuk D.R., Kundii A.Yu. LEGAL CUSTOM AS A SOURCE OF LAW IN UKRAINE.....	24
Bohachova L.L., Mahda Ye.V. LEGAL SYSTEM OF UKRAINE: CURRENT STATE AND DEVELOPMENT TRENDS.....	28
Burdonosova M.A. THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY.....	31
Gonchar Yu.V. PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW: ORIGINS TO THE PRESENT.....	34
Gren N.M. YOUTH MOVEMENTS AGAINST AGE DISCRIMINATION.....	39
Zavhorodnia Yu.S. THE CHILD AS A SUBJECT OF LEGAL RELATIONS: SPECIAL NOTES (THEORETICAL AND LEGAL ASPECT).....	42
Kukharets D.V., Holina O.Yu., Vasylenko R.V. WAYS TO IMPROVE OF THE LEGAL MECHANISM FOR INVOLVING UKRAINIAN LAW ENFORCEMENT AUTHORITIES IN INTERNATIONAL PEACE KEEPING OPERATIONS TO MAINTAIN PEACE AND SECURITY.....	46
Markovych Kh.M. LEGAL IDEOLOGY AS A CONSTRUCTIONS MECHANISM OF THE LEGAL STATE.....	51
Matiashevskaya R.Yu. LEGAL IDEOLOGY AS A CONSTRUCTIONS MECHANISM OF THE LEGAL STATE.....	55
Pavlenko V.P. CORRELATION GLOBAL AND NATIONAL LEGAL REGULATION.....	58
Sydorenko O.O., Kukharchuk A.V., Tkachenko O.R. LEGAL CULTURE: THE CONCEPT, COMPOSITION AND ITS STATE IN UKRAINE.....	62
Sydorenko O.O., Yavorskyi V.O., Kvasylchuk D.B. CORRUPTION AS A TYPE OF ABUSE OF LAW: CAUSES AND MAIN METHODS OF COMBAT.....	65
Stadnik I.V., Tripak Yu.R. THE RULE OF LAW AS A PRINCIPLE FOR ENSURING HUMAN FREEDOM.....	69
Siabrenko V.V., Tatarinova A.V. THE RULE OF LAW AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE CONSTITUTIONAL STATE.....	73
Chepulchenko T.O., Hrechko Ya.V., Zalizko A.O. PROBLEMS OF GENDER POLICY IN UKRAINE: LEGAL ASPECT.....	77
Shershenkova V.A., Popsuienko L.O. THE FIRST CODIFICATION OF LAW IN SOVIET UKRAINE (20S OF THE XX CENTURY).....	82
Yashchenko D.S., Romashko O.I. AVHUSTO KHOSE RAMON PINOCHET UHARTE AND THE CONSTITUTION OF CHILE 1980: THROUGH AUTHORITARISM TO DEMOCRACY.....	85

SECTION 2

CONSTITUTIONAL LAW; MUNICIPAL LAW

Bairachna L.K., Malenko V.O. SHORTCOMINGS OF THE INSTITUTE OF COUNTERSIGNATURE: FROM LEGISLATIVE TECHNIQUE TO PRACTICE.....	90
Bairachna L.K., Tilna K.S. THE HABEAS CORPUS ACT IN THE NORMS OF INTERNATIONAL AND UKRAINIAN LEGISLATION: PROBLEMS OF THE CORRELATION.....	94
Batluk M.V., Kozlova P.H. ON THE QUESTION OF THE INSTITUTION OF PERSONAL NON-PROPERTY RIGHTS OF CHILDREN.....	98
Grynov S.O., Zakomorna K.O. ELECTRONIC VOTING: PROSPECTS OF IMPLEMENTATION IN UKRAINE AND FOREIGN EXPERIENCE.....	101
Diuzhnyk D.O., Taranov M.A. CORRELATION OF LOBBYING AND ADVOCACY IN THE CONTEXT OF LEGISLATIVE REGULATION.....	106
Zakomorna K.O., Chuiko V.O. CONSTITUTIONAL REFORMS IN TUNISIA AND EGYPT: PREREQUISITES AND CONSEQUENCES.....	111

Koshel V.V., Psota O.V. ON THE PROBLEM OF INTRODUCING THE INSTITUTION OF A REFERENDUM IN UKRAINE.....	115
Murtishcheva A.O., Zemliakova D.S., Volchenkova A.S. RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN A PANDEMIC: A WORLD EXPERIENCE.....	119
Novytskyi D.V., Pisotskyi A.F. PECULIARITIES OF THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF AUTONOMY IN FOREIGN COUNTRIES: ON THE EXAMPLE OF NORTHERN IRELAND, HONG KONG AND CORSICA.....	123
Oliinyk A.Yu. IMPLEMENTATION OF CONSTITUTIONAL FREEDOM OF A PERSON ON ENTREPRENEURSHIP IN THE PROCESS OF INTERMEDIARY ACTIVITY.....	128
Petryshyna M.O., Aleksanian K.A. CONSTITUTIONAL AND LEGAL SUPPORT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT REFORM IN HUNGARY: EXPERIENCE FOR UKRAINE.....	132
Pravdiuk A.L. CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF LAND OWNERSHIP OF TERRITORIAL COMMUNITIES.....	136
Ryzhkova Yu.A., Zakomorna K.O. RESTRICTIONS OF HUMAN CONSTITUTIONAL RIGHT TO FREE MOVEMENT IN PANDEMIC CONDITIONS IN UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES.....	139
Samusieva K.V. THE CONCEPT OF DEVOLUTION IN THE HISTORY OF GREAT BRITAIN.....	143
Skrypnyk Yu.O., Kurchevonok H.Ye. THE REALIZATION OF AN IMPEACHMENT PROCEDURE IN FOREIGN COUNTRIES: EXPERIENCE FOR UKRAINE.....	148
Soroka Ye.Ye., Horbachevska D.V. INSTITUTE OF DEPUTY INVIOABILITY AND ABOLISH IT IN UKRAINE.....	152
Ukolova V.O., Ukolova Ye.O. CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF CANADA.....	156
Khrapska A.O. CONSTITUTIONAL RIGHT TO PEACEFUL ASSEMBLY: IMPLEMENTATION PROBLEMS.....	160
Chernysh V.V. THE CHARACTERISTIC FEATURES OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS.....	164
Shapoval K.O., Bezpalko Yu.Yu., Khrebtova Yu.A. COMPULSORY VACCINATION: BREACH OF RIGHTS OR NECESSITY?.....	168
Yakubov B.V. PECULIARITIES OF CONSTITUTIONAL CONTROL IN FOREIGN COUNTRIES: COMPARATIVE AND LEGAL ANALYSIS WITH UKRAINIAN REALITIES.....	172

SECTION 3

CIVIL LAW AND CIVIL PROCESS; FAMILY LAW; INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Arsiienko S.V., Isaiev A.M. COLLECTION OF PENALTIES UNDER THE OBLIGATIONS ARISING FROM THE MICROLOAN.....	176
Baranova L.O., Tovstyk A.O. COMPARATIVE CHARACTERISTICS OF INHERITANCE BY WILL AND BY LAW.....	179
Bezhevets A.M., Monarshuk A.O. SHAREHOLDER AGREEMENTS AS A MECHANISM TO PROTECT THE INTERESTS OF MEMBERS OF COMPANIES.....	182
Vartovnik O.M. THE QUESTION OF THE ABSOLUTE NATURE OF LAW IN THE CONTEXT OF ANALYSIS SOME GUARANTEES OF A JUSTICE UNDER ARTICLE 6 OF THE ECHR.....	186
Vasiliu K.Ye. THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND ITS COMPONENTS.....	190
Golovchenko T.O., Lukash Ye.Yu. WAYS OF PROTECTION AGAINST SPREADING OF FALSE INFORMATIO: ISSUES IN THE CONTEXT OF NATIONAL LEGISLATION.....	195
Gorbachova V.S. THRUST OF THE SATISFACTION OF MORTGAGE AGREEMENT.....	201
Gulatkan S.V., Tkachuk A.Ya. PRINCIPLE OF PROCEDURAL ECONOMY IN CIVIL PROCEDURE.....	205
Diachenko S.V., Naumenko K.S. ADVOCATE AS A SUBJECT OF CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS.....	209
Zaiets Ye.Yu., Kuzmina V.O. ACTUAL TRENDS IN FORCE MAJOR IN CONTRACTUAL OBLIGATIONS.....	213
Ilkiv O.V. AGREEMENT AS A BASIS FOR THE RIGHT OF TRUST PROPERTY.....	217
Kravtsov S.O., Zavhorodnia A.S., Tochii A.O. PECULIARITIES OF USING ELECTRONIC EVIDENCE IN THE SYSTEM OF MEANS OF PROOF IN CIVIL PROCEDURE.....	220

Kravtsov S.O., Pravnyk S.O., Moshura L.V. ELECTRONIC JUDICIALITY AS A MODERN TREND.....	224
Krasutskyi V.V. PROBLEMATIC ISSUES OF THE AMOUNT OF SECURED CLAIMS TO THE PROPERTY GUARANTOR.....	229
Kurafieieva I.V., Bershadaska D.R. LEGAL DUALISM OF STREET ART: ARTWORK VS. VANDALISM....	233
Lakhtadyr S.L. CYBERSECURITY AS AN ELEMENT OF INFORMATION STATE SECURITY.....	236
Lohoiko O.O. LEGAL NATURE OF OBLIGATIONS ARISING FROM GAMES AND PAIRS.....	240
Maikut Kh.V. THE RIGHT TO LIBERTY AND PERSONAL INTEGRITY IN THE CONTEXT OF REGULATORY PROVISIONS AND CASE LAW USED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	243
Malenko V.V. THE ESSENCE OF THE REPRESENTATION AND THE ROLE OF THE LAWYER IN CIVIL PROCEDURE.....	248
Martyniuk O.V., Dovhan B.V., Zakharchuk D.O. SOME PROBLEMS OF FAMILY LAW REGARDING THE INVALIDITY OF MARRIAGE.....	251
Pavlenko V.S. PROTECTION OF STATE SECRECY IN THE INFORMATION SECURITY MECHANISM.	255
Piddubna V.F., Shcherbyna V.A. ENTERPRISE SALE AND PURCHASE AGREEMENT: LEGAL ASPECTS.....	259
Poklonska O.Yu. PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF THE JOINT WILL OF THE SPOUSE UNDER THE NATIONAL LEGISLATION.....	262
Pronik S.V., Korobtsova N.V. ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT OF PERSONAL STORAGE OF ANATOMICAL MATERIAL BY THE BIOBANK.....	265
Ratushna B.P., Hreshchuk H.I. RELIABILITY IN THE CIVIL PROCEDURE OF UKRAINE.....	269
Saienko A.H., Sychyk V.V. CIVIL LIABILITY WITHOUT FAULT.....	272
Sanakaieva Yu.Ye. WORK AGREEMENT AND EMPLOYMENT CONTRACT: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS.....	276
Sokurenko V.A., Khriakova N.O. THE RIGHT TO PRIVACY ON THE INTERNET IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM.....	280
Chaban O.M., Ratushna B.P. GROUNDS FOR TERMINATION OF THE AGREEMENT UNDER THE CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE.....	285
Chorna A.I., Diachenko S.V. CONSIDERATION OF CIVIL CASES IN COURT BY VIDEOCONFERENCE AS A COMPONENT OF ACCESS TO JUSTICE.....	289
Shabetia S.A., Nesin V.V. LEGAL ISSUES OF PROVIDING INFORMATION SECURITY IN UKRAINE....	293
Shyshka N.V. THE DEFINITIONS OF “MEDIATION” AS AN ALTERNATIVE FORM OF DISPUTE RESOLUTION: TO THE PROBLEM OF LEGAL UNDERSTANDING.....	297

SECTION 4

ECONOMIC LAW; ECONOMIC PROCEDURAL LAW

Gryhorieva V.V., Avdieiev O.V. PROPER MOTIVATION AS AN INDICATOR OF A QUALITY JUDGMENT.....	302
Lillemae O.E., Dzhabrailov R.A. APPLYING OF STATE AID RULES DURING FINANCING OF INFRASTRUCTURE.....	306
Tiurina Yu.Ye. ORGANIZATION OF THE SALE OF PROPERTY AT AUCTION IN LIQUIDATION BANKRUPTCY PROCEEDINGS.....	310
Shvydka T.I., Lohvynenko S.S. GUARANTEES OF NON-INFRINGEMENT OF OWNERSHIP RIGHTS IN THE MECHANISM OF IMPLEMENTATION OF THE SQUEEZE-OUT PROCEDURE.....	314

SECTION 5

LABOUR LAW; SOCIAL SECURITY LAW

Denysiuk P.D. LATEST TRENDS OF MIGRATION PROCESSES IN EUROPE.....	318
Zaika D.I. CURRENT PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF IT-WORKERS LABOR PROTECTION.....	322
Kyselova O.I., Dotsenko A.V. THE PROBLEM OF INFORMAL LABOR RELATIONS IN UKRAINE.....	326

Klochko A.M., Horbachova K.M., Nezhevelo V.V. PECULIARITIES OF EXERCISE OF THE RIGHT FOR WORK OF CITIZENS OF UKRAINE BEYOND THE BORDERS OF THE COUNTRY.....	329
Konopeltseva O.O., Semenchenko T.V., Cheban Yu.V. ABOUT THE LEGAL REGULATION OF WOMEN’S LABOR, RELATED TO MOTHERHOOD.....	332
Matskhora Yu.V. LABOR RIGHTS PROTECTION IN THE REMOTE WORK ENVIRONMENT.....	336
Sereda O.H., Vlasiuk Yu.S. EMPLOYMENT AGREEMENT UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS.....	339
Triukhan O.A. TO THE QUESTION OF IMPROVEMENT MEDICAL AND SOCIAL EXAMINATION: FROM THEORY TO JUDICIAL PRACTICE.....	342
Yurovska V.V., Ostrohliad D.A., Cherniavska D.S., Tselykovska O.A. REMOTE EMPLOYMENT: CURRENT STATE AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT.....	346

SECTION 6

LAND LAW; AGRARIAN LAW; ENVIRONMENTAL LAW; NATURAL RESOURCE LAW

Baik O.I. ABOUT THE SYSTEM OF LAND MANAGEMENT BODIES OF UKRAINE.....	350
Balatsenko M.I. ON THE ISSUE OF LEASE OF LAND SHARES (UNITS) UNDER THE CURRENT LEGISLATION OF UKRAINE.....	355
Volchkova M.I. LEGAL REGULATION OF AGRICULTURAL LAND MARKET: EUROPEAN EXPERIENCE AND UKRAINIAN REALITIES.....	359
Nadon A.R., Skobova O.V. COMPREHENSIVE PLAN OF SPATIAL DEVELOPMENT OF THE TERRITORIAL COMMUNITY: LEGAL ISSUES.....	363
Pizniak O.Ye., Savchenko A.M., Chebotarov M.M. “GREEN” TARIFF: LEGAL NATURE AND CONSEQUENCES OF IMPLEMENTATION.....	367

SECTION 7

ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS; FINANCIAL LAW; INFORMATION LAW

Andrushchenko O.P., Shulha T.M. THE IMPORTANCE OF INTENTION IN A TAX OFFENSE.....	371
Afanasiev D.V., Kukharchuk A.M. THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY: A VIEW ON THE ISSUE.....	374
Babaievska V.V., Diachenko K.S., Shulha T.M. PROBLEMATIC ISSUES OF DETERMINING THE MOMENT OF FULFILLMENT OF THE TAX OBLIGATION.....	377
Vashchuk N.F. ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF LIGHT INDUSTRY OF UKRAINE: PROSPECTS FOR IMPROVEMENT, USE OF THE EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF BELARUS.....	380
Grabar N.M., Lukianova H.Yu. SPECIAL FEATURES OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN CASES OF ADMINISTRATIVE JUVENILE OFFENSES.....	385
Klymovych Yu.O., Shulha T.M. SOME ISSUES OF THE ADMINISTRATION OF LAW IN INTERNATIONAL DOUBLE TAXATION DISPUTES IN UKRAINE.....	389
Kovalova Ya.O., Patsera Yu.O. LEGISLATIVE AND DEONTOLOGICAL ASPECTS OF ADVERTISING ADVOCATE ACTIVITIES IN UKRAINE.....	392
Kovtun M.S., Kraminska D.M., Holovashchenko D.S. LEGAL NATURE OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF CIVIL SERVANTS.....	395
Komarnytska I.I. SUBJECTS OF OFFENSE PREVENTION IN THE FINANCIAL SPHERE BY MEANS OF ADMINISTRATIVE LAW.....	399
Parpan U.M., Lesko N.V. FEATURES OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR VIOLATION OF FOREST LAW IN UKRAINE.....	403
Prokopenko A.O. PRE-TRIAL PUBLIC-LAW DISPUTES RESOLUTION AND ADMINISTRATIVE APPEAL: THE CORRELATION OF THE CONCEPTS IN THE CONTEXT OF THEIR LEGAL REGULATION BY THE LEGISLATION ABOUT ADMINISTRATIVE PROCEDURE..	406

Tarasova A.D., Chervinska D.I. RESOLUTION OF TAX DISPUTES IN UKRAINE, UKRAINIAN LEGISLATION AND ALTERNATIVES.....	410
Shulha T.M., Bevza D.O., Babiichuk V.S. IMPLEMENTATION OF AN EFFECTIVE TAX POLICIES FOR CLEANER PRODUCTION: THE BALANCE BETWEEN INCENTIVES AND SANCTIONS.....	414
Yakushchenko Yu.M. PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF SURROGACY IN UKRAINE.....	418
Yanishevska K.D. LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN UKRAINE AND ABROAD: A COMPARATIVE ASPECT.....	422

SECTION 8

CRIMINAL LAW AND CRIMINOLOGY; PENAL LAW

Arpentii S.P. CRIMINAL AND LEGAL DEFINITION OF TERRORISM.....	425
Bakhnovska I.P., Bilous I.M. CAUSES AND CONDITIONS OF COMMUNICATION OF OFFICIALS OF CRIMES IN THE FIELD OF ECONOMIC ACTIVITY.....	429
Bilevskiy P.S. MOTIVES AND MOTIVATION OF TERRORIST ACTIVITY.....	433
Bodeiko V.A. GROUNDS FOR AMNESTY IN UKRAINE FOR PARTICIPANTS IN THE ARMED CONFLICT IN EASTERN UKRAINE.....	437
Volodina O.O., Titova V.I. CRIMINALIZATION OF DOMESTIC VIOLENCE AS A NOVELTY OF CRIMINAL LEGISLATION IN UKRAINE.....	441
Dibrova T.A., Pisenko D.O., Tkachova O.V. THE RIGHT TO MEDICAL CARE FOR PERSONS IMPRISONED.....	445
Druchek O.V., Lehenkyi V.V. COMBATING HATE CRIMES: CONCEPTS, CONTENTS, SIGNS.....	450
Zubytska I.V. PREVENTION AND CONTROL OF DOMESTIC POPULATION: INTERNATIONAL STANDARDS, EUROPEAN EXPERIENCE, NATIONAL PERSPECTIVES.....	454
Malakhov H.B. CRIMINAL AND LEGAL POLICY IN THE FIELD OF STATE SECURITY OF UKRAINE.....	459
Ozerchuk I.M. SPECIAL CRIMINOLOGICAL PREVENTION OF TERRORISM.....	463
Parasiuk M.V. COMPULSORY MEASURES OF EDUCATIONAL NATURE IN THE SYSTEM OF MEASURES OF CRIMINAL LEGAL INFLUENCE ON MINORS: A VIEW ON THE PROBLEM.....	467
Parasiuk N.M. RELEASE FROM SERVICE OF SENTENCE WITH TRIAL FOR COMMITTING FELONY AND PARTICULARLY SERIOUS CRIME: ISSUES OF CRIMINAL LAW.....	471
Povalena M.V. TYPES OF VIOLENT CRIMES AGAINST PROPERTY AGAINST PROPERTY ACCORDING TO THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE AND TO THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF POLAND.....	475
Romanov M.V., Seplyva Yu.O., Subbota M.S. PROBATION AS A PROMISING TOOL FOR THE RESOCIALIZATION OF CONVICTS AND ENSURING THE SAFETY OF SOCIETY.....	480
Ustinova-Boichenko H.M., Bohatyrova M.O., Chernysh T.V. THE MAIN CRIMINOLOGICAL FEATURES OF PERSONS INVOLVED IN THE CREATION OF NON-STATUTORY PARAMILITARY OR ARMED GROUPS.....	485
Khanishyn M.O., Romashko O.I. ANALYSIS OF NOVELS OF CRIMINAL LEGISLATION ON LIABILITY FOR CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY.....	489
Chemodurova A.Yu. FORMS OF COMPLICITY IN THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE.....	493
Shulzhenko N.V., Matviienko V.V. THE CORRELATION BETWEEN LIFE IMPRISONMENT UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE AND THE RIGHT TO HOPE IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	496

SECTION 9

CRIMINAL PROCESS AND FORENSIC SCIENCE; FORENSIC EXAMINATION; OPERATIVELY-SEARCH ACTIVITY

Babaieva O.V., Akhmedova A.O., Hakhramanova I.B. USE AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE CRIMINAL PROCESS OF THE UNITED STATES OF AMERICA.....	499
--	-----

Babaieva O.V., Diadyk V.O. ECONOMIC SECURITY BUREAU OF UKRAINE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM.....	505
Boiko A.O., Prokhorova A.O. PRESENTING A PERSON FOR IDENTIFICATION: PROCEDURAL FEATURES AND VIOLATIONS IN PRACTICE.....	510
Gryb I.V., Tsyliuryk I.I. PROBLEMS OF GATHERING AND PRESENTING EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS BY THE DEFENSE.....	515
Davydenko S.V., Skidan N.V. LIMITS OF APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF DISPOSITION BY THE ACCUSING PART IN OBTAINING THE PERMISSION OF THE INVESTIGATING JUDGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	519
Korobka O.S. ADMISSIBILITY OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	524
Koropetska S.O., Savchenko V.A. SELECTION OF BIOLOGICAL SAMPLES FOR EXAMINATION: DOMESTIC AND FOREIGN EXPERIENCE.....	527
Mohyla V.S. DECISION OF THE INVESTIGATING JUDGE ON PERMISSION TO SEARCH A HOME OR OTHER POSSESSION OF A PERSON: SOME THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES.....	532
Pachkolina V.A., Kyrychenko K.S., Selivorstova M.R. MATERIAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	536
Senchenko N.M., Kravchenko V.Ya. PARTICULAR ASPECTS OF THE MEASURES TO ENSURE CRIMINAL PROCEEDINGS.....	539
Sydorchuk V.V. THE CONCEPT, SIGNS AND TYPES OF PROCEDURAL INDEPENDENCE OF THE INVESTIGATOR.....	544
Stepaniuk R.L., Perlin S.I. SOME THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS OF DEVELOPMENT OF CRIMINALISTICS STUDY OF MATERIALS, SUBSTANCES AND PRODUCTS.....	548
Fridman-Kozachenko M.M., Korotkova Ye.O. INTERNATIONAL COOPERATION DURING PREVENTION AND COMBATING OF LEGALIZATION OF INCOME OF CRIMINAL ORIGIN.....	552
Chabanenko Yu.S., Leskova-Hodlevska Yu.K., Poturaiko S.O. FEATURES OF INTERROGATION TACTICS IN A CRIMINAL OFFENSE USING ELECTRONIC PAYMENT EQUIPMENT AND SYSTEMS.....	555
Chabanenko Yu.S., Melnyk O.M. IMPROVEMENT OF THE METHOD OF CONDUCTING PRACTICAL CLASSES IN THE DISCIPLINE “FIRE TRAINING” OF FUTURE LAW ENFORCEMENT EMPLOYEES.....	559
Yamnenko T.M., Litvinova I.F. CERTAIN ASPECTS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION IN THE FIELD OF MEDICINE (MEDICAL CASES).....	563

SECTION 10

JUDICATURE; PUBLIC PROSECUTION AND ADVOCACY

Vlasenko M.V., Prybluda P.M. GROUNDS FOR BRINGING A LAWYER TO DISCIPLINARY RESPONSIBILITY: DEONTOLOGICAL ASPECT.....	567
Haivoronska V.V., Vodolazkyi S.H., Mykytiuk O.S. PROCEDURAL GUARANTEES FOR DEFENCE LAWYERS’ ACTIVITY AND DEONTOLOGICAL STANDARDS IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	572
Ramazanova S.R. MANDATORY PARTICIPATION OF ATTORNEYS IN PROVIDING FREE SECONDARY LEGAL AID: POSITIVE ASPECTS AND EXPEDIENT CHANGES IN LEGISLATION.....	576
Trahniuk R.R. PROBLEMS OF DISMISSAL OF PROSECUTORS THROUGH ATTESTATION.....	580

SECTION 11

INTERNATIONAL LAW

Belei O.V., Dulepa V.P. THE RIGHT TO ARTIFICIAL PREGNANCY IN THE ASPECT OF ARTICLES 2 AND 8 OF THE CONVENTION ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS.....	584
Boichuk D.S., Panaid Ya.I. THE EFFECTIVENESS OF LEGAL REMEDIES FOR THE PROTECTION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN THE CONTEXT OF THE ECHR PRACTICE: THE EXPERIENCE OF POLAND.....	588

Vlasenko S.O., Trishyna S.O. ACCEPTABLE FRAMEWORK FOR INTERFERENCE WITH THE RIGHT TO FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN THE PRACTICE OF THE ECHR (PROBLEM STATEMENT).....	594
Dolzhenkov O.F., Piadyshev V.H. THE EXPERIENCE OF UN POLICE IN EVALUATING THE DYNAMICS OF CROWD'S AGGRESSIVENESS IN THE OPERATIONS AIMED AT MAINTAINING PUBLIC ORDER TO DEVELOP PREVENTION POLICY.....	598
Kaliuzhna U.O., Sokha S.S. PROSPECTS FOR RATIFICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN UNION.....	604
Klochko A.M., Volchenko N.V., Klietsova N.V. INTERNATIONAL EXPERIENCE FOR ASSESSING THE BENEFITS AND RISKS OF OPENING THE LAND RESOURCES MARKET IN UKRAINE.....	607
Kosinova D.S., Malyk K.R. TRANSNATIONAL CORPORATIONS OF THE WORLD'S LEADING COUNTRIES AND ANTITRUST LAW: REGULATORY ISSUES AND POSSIBLE INTERACTION MECHANISM.....	612
Kuksina K.A. STATE OBLIGATIONS ON THE PROHIBITION OF TORTURE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRACTICE.....	615
Kukurilo D.O. INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF COUNTER TERRORISM: CERTAIN ISSUES.....	619
Malyk K.R. PROTECTION OF THE ENVIRONMENT FROM ARMED CONFLICTS.....	623
Nikoliuk A.V., Bedrata A.V. VACCINATION AGAINST COVID-19: THE RIGHT OR OBLIGATION UNDER THE UNDERSTANDING OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	626
Oleksiienko A.V., Chebukina D.O. PRELIMINARY REQUESTS AS A MECHANISM TO ENSURE THE PRINCIPLE OF THE RULE OF EU LAW.....	630
Pavlenko K.Ye., Bublyk D.S. GENDER POLICY: EUROPEAN UNION DIMENSION AND UKRAINIAN EXPERIENCE.....	633
Svetlichna S.Yu. THE RIGHT OF ACCESS TO COURT IN INTERPRETATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	638
Serdiuk A.O., Fedchyshyna Yu.V. COOPERATION BETWEEN THE HUDOC AND THE COURT OF JUSTICE IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION.....	642
Stepanenko K.V. EUROPEAN INTEGRATED JUSTICE: CONCEPT AND BASIC FORMS.....	645
Tolstenko Yu.O., Muliava O.O., Zdorovtsova O.Yu. COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS DURING COVID-19.....	649
Chornobryvets Ye.Ye., Shramchenko K.M. PROBLEMS AND THE EXECUTION STAGE OF IMPLEMENTATION BY UKRAINE OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	653
Shevchenko I.Yu. THE CONCEPT OF "LEGITIMATE EXPECTATION" IN PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS.....	656
Shevchenko Yu.A. ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF "XHOXHAJ V. ALBANIA" THROUGH THE PRISM OF INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW.....	660
Shelukhin O.M. REGULATORY SECURITY OF NAVIGATION IN THE IMPLEMENTATION OF MARITIME TRANSPORT.....	664

SECTION 12

TOPICAL ISSUES OF JURIDICAL SCIENCE

Cherkasov D.O. THE NEED TO CHANGE THE BURDEN OF PROOF WHEN TAKING THE MANUFACTURER TO LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY A DEFECT IN THE DIGITAL PRODUCTS.....	667
Lys O. H. STATE POLICY ON INCLUSIVE EDUCATION IN PRESCHOOL INSTITUTIONS THROUGH THE PRISM OF EFFECTIVE ADMINISTRATIVE PRACTICES.....	670
Manuilova A. I. APPLICATION CONDITIONS AND LEGAL CONSEQUENCES OF VIOLATING ESTOPPEL.....	674
Maletych M.M. ON THE IMPLEMENTATION OF GLOBAL STANDARDS OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN NATIONAL POLICIES AND LEGISLATION.....	678
Kapitanenko N.P. OBJECTIVE SIDE OF THE BODY OF THE ADMINISTRATIVE OFFENSE IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IMPLEMENTATION.....	681
Anina O.O. FEATURES OF SOCIAL PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE SYSTEM OF STATE SOCIAL PROTECTION OF UKRAINE.....	685
Denysenko V.V. CERTAIN ASPECTS OF THE TESTIMONY OF WITNESSES AS A SOURCE OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	690
Soloviova Alina. CIRCUMSTANCES THAT EXCLUDE THE CRIMINAL ILLEGALITY OF THE ACT UNDER THE CRIMINAL CODES OF UKRAINE AND SOME FOREIGN COUNTRIES.....	694
Yepryntsev P.S. FOREIGN EXPERIENCE IN PREVENTING CRIMINAL OFFENSES COMMITTED BY ORGANIZED GROUPS.....	698

РОЗДІЛ 1

ТЕОРІЯ ТА ІСТОРІЯ ДЕРЖАВИ І ПРАВА; ІСТОРІЯ ПОЛІТИЧНИХ І ПРАВОВИХ УЧЕНЬ

УДК 34.01

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/1>

ПОНЯТТЯ ФІКЦІЇ У ПРАВОВОМУ РЕГУЛЮВАННІ: СУЧАСНИЙ ЕТАП РОЗВИТКУ

THE CONCEPT OF FICTIONS IN LEGAL REGULATION: CONTEMPORARY STAGE OF DEVELOPMENTS

**Бібік О.В., суддя,
аспірант кафедри теорії і філософії права**

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена огляду доктринальних положень, які покладено в основу розуміння поняття фікції у правовому регулюванні на сучасному етапі розвитку юридичної науки і практики. Автор звертається до аналізу положень чинного законодавства України, в якому фікції отримали досить широке використання саме як засіб юридичної техніки, практики його застосування. У статті наводиться узагальнення основних підходів до розкриття природи юридичних фікцій та їх ролі в регулюванні суспільних відносин. Фікції в праві виконують не тільки функцію подолання консерватизму законів, вони використовуються як засоби, що сприяють швидшому і простішому вирішенню юридичних питань. Роль фікції в правовому регулюванні полягає також у тому, щоб подолати стан фактичної невизначеності в низці суспільних відносин у разі відсутності іншого ефективного механізму їх правового регулювання, коли тільки за допомогою фікцій стає можливим подолання «фактичної прогалини», яка утворилася через ті чи інші обставини. Фіктивність є об'єктивною характеристикою відображення дійсності, оскільки свідчить про її неминучість в повсякденному житті, набуваючи позитивного і негативного значення. Застосування фікцій у щоденних відносинах і спеціальній діяльності (науковому пізнанні, регулюванні суспільних відносин) є знаряддям мислення, яке долає деякі суперечності, пов'язані як із неможливістю висловити звичайними засобами думку та емоційний стан, неможливістю тієї чи іншої науки пояснити природу явища в контексті сформованого концептуального апарату та систематизувати знання, так і з неможливістю врегулювати суспільні відносини в контексті наявних нормативних засобів. У сфері нормативного регулювання суспільних відносин логічною формою фікції є судження – твердження про існування певних життєвих обставин, яких насправді немає, із метою створити фактичну основу для застосування відповідної норми або формулювання відповідного правила поведінки.

Ключові слова: фікція, юридична фікція, засіб юридичної техніки, правове регулювання.

The article deals with the doctrinal provisions that underlie the role of fiction in legal regulation at the current stage of the development of legal science and practice. The author turns to the analysis of current legal regulation, in which the fictions were widely used as a means of legal technique. The article summarizes the main approaches, which were later presented in the science by the recognition or non-recognition of fictions in law, understanding of their nature and role in the fulfillment of the law acting as regulator of social relations. Fictions in law not only serve the function of overcoming the conservatism of laws, they are used as a means of facilitating faster and simpler resolution of legal issues. The role of fiction is to overcome the state of factual uncertainty in the range of social relations in the absence of any other effective mechanism for their legal regulation, when only by means of fictions is it possible to overcome the “factual gap” created by these or other circumstances. Fictitiousness is an objective characteristic of the reflection of reality because it testifies to the inevitability of fictitiousness in everyday life, gaining both positive and negative meaning. The use of fictions in everyday relationships and special activities (scientific knowledge, regulation of social relations) is an instrument of thinking that overcomes some contradictions related to the inability to express ordinary means of thought and emotional state, with the inability of one or another science to explain the nature of the phenomenon formed conceptual apparatus and systematize knowledge, and with the inability to regulate social relations in the context of existing regulatory means. In the field of normative regulation of social relations, a logical form of fiction is a judgment – a statement about the existence of certain life circumstances that do not actually exist, in order to create a factual basis for the application of the relevant norm, or to formulate the appropriate rule of conduct.

Key words: fiction, legal fiction, legal technique tool, legal regulation.

На сучасному етапі формування правової держави і громадянського суспільства склався певний позитивний досвід законотворчої діяльності. Однак у ньому зберігаються численні недоліки змістовного і технічного характеру, що провокують труднощі правореалізаційної практики. Гармонізація сучасного законодавства значною мірою пов'язана з удосконаленням юридичної техніки, тому видається необхідним певне переосмислення розуміння і використання окремих її категорій.

Юридична фікція є правовою категорією, використання якої в законодавчій і правозастосовчій практиці здійснюється вже протягом багатьох століть. Вона активно використовувалася ще давніми римлянами і була позитивно сприйнята й інтегрована до правових систем багатьох європейських країн, у тому числі до української правової системи. Така стійкість юридичної фікції пояснюється її особливою роллю, яка проявляється в проблемних ситуаціях, зокрема в разі суперечності юридич-

ної норми реальній дійсності і необхідності подолання її зайвого формалізму, в разі стану невизначеності, який складно подолати, що перешкоджає прийняттю юридично значущого рішення і виникненню відповідних правовідносин [1, с. 23].

Це зумовлює необхідність теоретичного аналізу специфічних властивостей юридичної фікції і зобов'язує законодавця використовувати ці унікальні властивості в законодавчій діяльності.

Метою цієї статті є надання теоретико-правової характеристики юридичної фікції як спеціального методу юридичної техніки, визначення місця юридичної фікції в сучасному законодавстві та виявлення юридичних норм, побудованих за допомогою цього методу.

Слово «фікція» є похідним від латинського “fingere” – вигадувати, прикидатися. Відповідно, “fictio” перекладається як «вигадка», «вимисел». Дослідники теорії права юридичну фікцію визначають як техніко-

юридичний прийом, за допомогою якого: а) неіснуюче становище (відносини) оголошується існуючим і набуває загальнообов'язкового характеру внаслідок його закріплення в правовому приписі; б) штучно прирівнюються одна до одної такі речі, які насправді є різними або навіть протилежними [2, с. 43]. За допомогою фікції не намагаються встановити об'єктивну істину у процесі правового регулювання, проте без її застосування нормальне функціонування механізму правового регулювання видається неможливим [3, с. 12]. Юридичні фікції хоч і є безпосереднім проявом фікцій філософсько-логічних, проте діапазон та обсяги їх застосування істотно коригуються спеціально-юридичним змістом, а це обмеження означає відповідне звуження контексту.

Отже, юридична фікція є прийомом юридичної техніки, який із метою правового регулювання визнає дійсними ті юридичні факти, що відсутні в реальному житті і навпаки.

У сучасних умовах юридична фікція досить широко використовується українським законодавцем і закріплюється як у матеріальних, так і процесуальних галузях права [4, с. 101; 5, с. 32]. Наведемо приклади.

Так, прикладом застосування юридичної фікції в сімейному праві може слугувати постановою Верховного Суду від 10.06.2020 р. № 136/522/15-ц [6]. Відповідно до ч. 2 ст. 122 Сімейного кодексу України [7] дитина, яка народжена до спливу десяти місяців після припинення шлюбу або визнання його недійсним, походить від подружжя, крім випадку, передбаченого ст. 124 цього Кодексу. Ч. 3 цієї статті визначено, що дружина і чоловік мають право подати до державного органу реєстрації актів цивільного стану спільну заяву про невизнання чоловіка (колишнього чоловіка) батьком дитини. Така вимога може бути задоволена лише в разі подання іншою особою та матір'ю дитини заяви про визнання батьківства.

Системний аналіз наведених положень закону дає підстави для висновку, що стосовно дитини, яка народжена до спливу десяти місяців після розірвання шлюбу, діє презумпція батьківства чоловіка, який перебував у шлюбі з матір'ю дитини. Така презумпція скасовується, якщо відповідно до ч. 3 ст. 122 СК України подано заяви матір'ю дитини, колишнім чоловіком та чоловіком, який визнає себе батьком дитини.

Своєю чергою згідно з ч. 1 ст. 135 СК України при народженні дитини в матері, яка не перебуває у шлюбі, якщо немає спільної заяви батьків, заяви батька або рішення суду, запис про батька дитини в Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем матері, а ім'я та по батькові батька дитини записуються за її вказівкою.

Отже, при народженні дитини в матері, яка не перебуває у шлюбі, якщо немає спільної заяви батьків, заяви батька або рішення суду, запис про батька дитини в Книзі реєстрації народжень провадиться за прізвищем матері, а ім'я та по батькові батька дитини записуються за її вказівкою. Причому матір вправі здійснити запис про батька на власний розсуд, вказавши як справжнє його ім'я та по батькові, так і вигадане. Такий запис є нічим іншим, як юридичною фікцією.

Юридичною фікцією можна назвати визнання батьківства, якщо сторона відмовляється від експертизи. За загальним правилом, якщо мати та батько не перебувають у зареєстрованому шлюбі, для проведення реєстрації народження дитини до органів РАЦСу подається заява від кожного з батьків. На підставі цих заяв і вносяться відомості про матір та батька дитини до відповідного реєстру.

Однак трапляються випадки, коли батько дитини відмовляється подати відповідну заяву. Тоді батьківство може бути визнане за рішенням суду. Незалежно від мети та учасників процесу, під час розгляду питань щодо визнання батьківства обов'язковим є проведення судово-генетичної експертизи, яка і встановлює спорідненість

та батьківство. Така експертиза призначається за ухвалою суду та проводиться у відповідних спеціалізованих експертних установах. Експертиза проводиться на основі біологічних матеріалів, які необхідно здати дитині та ймовірно батьку у відповідній експертній установі. І тут можуть виникнути проблеми, адже часто учасники процесу (відповідачі) не з'являються для надання біологічних матеріалів для експертизи. Відповідно до ст. 109 Цивільного процесуального кодексу України в разі ухилення учасника справи від подання експертам необхідних матеріалів, документів або від іншої участі в експертизі, якщо без цього провести експертизу неможливо, суд залежно від того, хто із цих осіб ухиляється, а також того, яке для них ця експертиза має значення, може визнати факт, для з'ясування якого експертиза була призначена або відмовити у його визнанні.

Таким чином, керуючись зазначеною нормою закону, якщо відповідач (наприклад, ймовірний батько дитини) ухиляється від здачі біологічних матеріалів для проведення експертизи, суд може визнати батьківство такої особи без відповідного висновку експертизи. Зазначена практика відображена в рішеннях Верховного Суду та застосовується судами України. В одній зі справ жінка звернулась до суду із позовною заявою про визнання факту батьківства. Слід зазначити, що особа, яку позивач просила визнати батьком, на час подання позову до суду померла. Рішенням суду першої інстанції в задоволенні позову було відмовлено у зв'язку з недоведеністю позовних вимог. Слід зауважити, що судом першої інстанції клопотання про проведення судово-генетичної експертизи задоволено не було. Вважаючи рішення місцевого суду необґрунтованим, апеляційний суд за ініціативою позивача його скасував та постановив нове рішення про задоволення позовних вимог. Із вказаним рішенням Касаційний цивільний суд погодився.

У цій справі ухвалою апеляційного суду за клопотанням позивача було призначено посмертну судово-медичну молекулярно-генетичну експертизу, однак експертиза з вини відповідачів проведена не була, оскільки родичі померлого не надали змоги ексгумувати труп, що підтверджується рапортом завідувача експертної установи та листом сільського голови.

Таким чином, апеляційний суд, врахувавши перешкоди, що чинились відповідачами з метою недопущення проведення посмертної судово-медичної молекулярно-генетичної експертизи, та неможливість її проведення без вилучення біологічного матеріалу трупу ймовірного батька дитини, дійшов обґрунтованого висновку про доведеність факту батьківства останнього щодо дочки.

Як приклад застосування юридичної фікції в господарському праві можна назвати постановою Верховного Суду від 28.01.2020 р. № 910/9158/16 [8]. Відповідно до ст. 177 Цивільного кодексу України [9] майнові права належать до об'єктів цивільних прав. Разом із цим, незважаючи на те, що в розумінні ч. 2 ст. 190 ЦК України майнові права вважаються річчю, між тим річчю вони не є, оскільки річ – це предмет матеріального світу, щодо якого можуть виникати цивільні права та обов'язки (ст. 179 ЦК України), має властивості тілесного предмета з конкретними зовнішніми та якісними ознаками тощо, чого не можна сказати про майнові права.

Наведене твердження виправдане у світлі правovidності щодо набуття прав на майбутній об'єкт нерухомості (об'єкт, що будується або планується будувати), оскільки майнові права на майбутній об'єкт нерухомості не можуть ототожнюватись з об'єктом нерухомості як річчю, оскільки останньої ані в матеріальному сенсі, ані в розумінні ЦК України ще не існує. Отже, оскільки за відсутності об'єкта нерухомості, що будується, не можна зареєструвати право власності на нього та, відповідно, не можна щодо нього як до речі (об'єкту матеріального

світу), стосовно якого можуть виникати цивільні права та обов'язки, вчинити правочин (купівлі-продажу тощо), має місце так звана юридична фікція, коли правочин вчиняється стосовно майнових прав на об'єкт нерухомості, якого ще не існує та створення якого планується в майбутньому (ч. 2 ст. 5 Закону України «Про іпотеку» [10]; ч. 1 ст. 10 Закону України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю» [11]).

Прикладом застосування юридичної фікції в процесуальному праві може слугувати постанова Верховного Суду від 25.07.2018 р. № 308/3824/16-ц [12]. Відповідно до ч. 9 ст. 74 Цивільного процесуального кодексу України [13] відповідача, зареєстроване місце проживання (перебування), місцезнаходження чи місце роботи якого невідоме, викликають до суду через оголошення у пресі. З опублікуванням оголошення про виклик відповідач вважається повідомленим про час і місце розгляду справи.

Тобто із запровадженням наведеного правила для осіб, які не мають зареєстрованого місця проживання, встановлено мінімальні гарантії в питанні сповіщення про існування судового провадження за її участі та повідомлення про призначені в ньому судові засідання. Для такої особи з опублікуванням оголошення у пресі застосовується юридична фікція, згідно з якою особа вважається належним чином повідомленою про судовий розгляд навіть за відсутності доказів такого сповіщення.

Прикладом юридичної фікції в цивільному праві є положення про визнання особи безвісно відсутньою у ст. 43 Цивільного кодексу України, за якою «фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом одного року в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування».

Також фікцією в цивільному праві є визнання рухомих речей за своєю природою нерухомими. Яскравим при-

кладом є повітряні й морські судна, судна внутрішнього плавання, космічні об'єкти, які зараховані до рухомих речей з огляду на ст. 181 ЦК України. Зазначені об'єкти за своїми ознаками та за своїм цільовим призначенням переміщуювані, однак з огляду на закон визнані нерухомими. Це можна пояснити їх високою економічною цінністю і значущістю для держави, а також тим, що через специфіку цих речей існує необхідність підвищеного (порівняно з іншими об'єктами цивільного права) контролю за володінням, користуванням і розпорядженням ними.

Фікцією є визнання підприємства загалом як майновий комплекс нерухомими згідно з ЦК України, хоча при цьому він містить різне майно: речі, борги, роботи, послуги, вимоги тощо. У цьому випадку рухомі речі за своєю природою визнаються нерухомими. Законодавець надає статус нерухомого майна розглянутим об'єктам із метою спрощення механізму правового регулювання.

З наведених законодавчих приписів, а також аналізу сучасних доктринальних положень можна зробити висновок, що юридична фікція може існувати в праві тільки у вигляді спеціального методу юридичної техніки, а її використання в процесі конструювання норм права в деяких випадках є єдино можливим засобом регулювання суспільних відносин у складній ситуації непоправної невідомості, а також завдяки своїй універсальності юридична фікція застосовується в процесі не тільки формулювання окремої норми права, але й побудови окремих, досить складних інститутів, що мають велике значення для галузей права. Застосування методу юридичної фікції характерне багатьом галузям права. У цій статті проведено аналіз норм як матеріальної (цивільне, господарське, сімейне право), так і процесуальних галузей права (цивільне процесуальне право). І в усіх досліджених галузях права були виявлені норми, в процесі формування яких був використаний метод юридичної фікції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Невзоров І. Генеза та розвиток уявлень про природу «правової фікції» у вітчизняній та світовій юриспруденції. *Юридичний вісник*. 2020. 6. С. 19–30.
2. Legal Fictions in Theory and Practice, ed. by Del Mar M., Twining W. Springer International Publishing Switzerland, 2015. 443 p.
3. Petroski K. Fiction and the Languages of Law Understanding, Contemporary Legal Discourse : Routledge, 2019. 324 p.
4. Павличенко О.В. Юридичні фікції у приватному праві України. *Судова апеляція*. 2017. № 1(46). С. 99–106.
5. Слюсар А. М. Щодо питання юридичних фікцій у трудовому праві. *Право та інновації*. 2016. № 1(13). С. 30–34.
6. Постанова Верховного Суду від 10.06.2020 р. № 136/522/15-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89872339>.
7. Сімейний кодекс України. *Офіційний вісник України*. 2002. № 7. С. 1., Ст. 273.
8. Постанова Верховного Суду від 28.01.2020 р. № 910/9158/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87426673>.
9. Цивільний кодекс України. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. С. 7. Ст. 461.
10. Закон України «Про іпотеку». *Офіційний вісник України*. 2003. № 28. С. 56. Ст. 1362.
11. Закон України «Про фінансово-кредитні механізми і управління майном при будівництві житла та операціях з нерухомістю». *Офіційний вісник України*. 2003. № 30. С. 9. Ст. 1525.
12. Постанова Верховного Суду від 25.07.2018 р. № 308/3824/16-ц. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/75691380>.
13. Цивільний процесуальний кодекс України. *Офіційний вісник України*. 2004. № 16. С. 11. Ст. 1088.

ПРОТИРІЧЧЯ ДЕМОКРАТИЧНОГО ПОЛІТИЧНОГО РЕЖИМУ CONTRADICTIONS OF THE DEMOCRATIC POLITICAL REGIME

Білоусова К.В., студентка I курсу
факультету соціології і права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Пряміцин В.Ю., старший викладач кафедри публічного права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Стаття присвячена дослідженню демократичного політичного режиму, який безпосередньо означає «правління народу». Аналіз зроблений із погляду цього режиму як правового явища, так і політичного регулятора. Розкритий зміст поняття «демократії». Актуальність поданого дослідження полягає у великій популярності народовладницької політики в багатьох країнах світу, в тому числі й в Україні. Завдяки теоретичному і практичному аналізу демократії з'ясовано основні парадоксальності та суперечності, що заважають здійсненню ефективної політики. Проаналізовано одну з форм реалізації цього політичного режиму, а саме виборчий процес. Прикладом щодо суперечностей, які виникають у виборчому процесі іноземних країн, проаналізовано останні вибори Президента Сполучених Штатів Америки 2020 року, а саме проблематику політики республіканця Дональда Трампа і впровадження реформ демократа Джозефа Байдена. Виокремлено події, що мали великий вплив на результати виборів нового Президента Сполучених Штатів Америки 2020 року. Також з'ясовано суперечності виборчого процесу в Україні. Проблемою, що набуває великого поширення у виборчому процесі України, є здійснення корупції через те, що в Україні ще панує пострадянська модель суспільства, тобто країна знаходиться на перехідному етапі до ідеальної демократичної моделі. Проаналізовано, в якому нормативно-правовому акті розкрито зміст закріплення демократичної політики України, а саме те, що носієм влади є народ, а також в якому положенні цей зміст порушується. Сформовано принципи, на яких має базуватися цей процес задля реалізації політики народовладдя в її якісному втіленні. На основі правового аналізу цього політичного явища з'ясовані основні проблеми здійснення демократії, причини їх виникнення та запропоновані методи подолання. З'ясовані основні суперечності допоможуть вирішити причини конфлікту демократичного режиму та її конституційного закріплення.

Ключові слова: демократичний політичний режим, політичний процес, демократія в Україні, парадокси демократії.

The article is devoted to the study of a democratic political regime, which directly means "rule of the people". The analysis is made in terms of this regime as a legal phenomenon and a political regulator. The meaning of the concept of "democracy" is revealed. The relevance of this study lies in the great popularity of democracy in many countries around the world, including Ukraine. Through theoretical and practical analysis of democracy, the main paradoxes and contradictions that hinder the implementation of effective policy have been clarified. One of the forms of realization of this political regime is analyzed, namely – the electoral process. An example of the contradictions that arise in the electoral process of foreign countries is the recent election of the President of the United States in 2020, namely the policy of Republican Donald Trump and the implementation of reforms of Democrat Joseph Biden. The events that had a great impact on the results of the election of the new President of the United States of America in 2020 are highlighted. The contradictions of the election process in Ukraine have also been clarified. A widespread problem in Ukraine's election process is the implementation of corruption due to the fact that Ukraine is still dominated by the post-Soviet model of society, ie now the country is in transition to an ideal democratic model. It is analyzed in which normative-legal act the content of consolidation of democratic policy of Ukraine is revealed, namely that the bearer of power is the people, and also in what position this content is violated. The principles on which this process should be based for realization of a policy of democracy in its qualitative realization are formed. Based on the legal analysis of this political phenomenon, the main problems of democracy, the reasons for their emergence and proposed methods of overcoming are clarified. The main contradictions that have been clarified will help resolve the causes of the conflict between the democratic regime and its constitutional consolidation.

Key words: democratic political regime, political process, democracy in Ukraine, paradoxes of democracy.

Актуальність проблеми. Актуальність детального вивчення демократії полягає в її особливому значенні як правового явища і політичного режиму. З'ясувавши, в чому полягають основні парадоксальності цього явища, можна виокремити причини конфлікту між демократією та конституціоналізмом, через які політичний режим певної країни може не відповідати засадам ідеальної демократичної моделі.

Огляд досліджень. Проблема «демократії» та її здійснення у вигляді політичного режиму розкриває свій теоретичний і практичний зміст у працях Л. Даймонда, Л. Зіден-топа, Е. Гутмана, Д. Дзоло та багато інших дослідників.

Щодо вітчизняних дослідників, які зробили великий правовий внесок щодо теоретичного вивчення демократичної моделі, можемо виокремити С. Головатого, Ю. Барабаша, В. Андрущенко, О. Скакун, С. Шевчука та ін.

Мета статті полягає в тому, щоб на основі правового аналізу дослідити поняття демократичного режиму та виокремити суперечності, що виникають у процесі реалізації демократичного режиму в сучасній політиці України та інших країн.

Виклад основних положень. Однією з правових тенденцій сучасного світу є поширення демократичного режиму. Однак, що ж таке поняття «демократія», що воно собою

являє, чи завжди воно здійснюється саме так, як того потребує суспільство і чи не виникають у процесі здійснення політичного режиму такого типу певні суперечності?

Демократія – це політичний режим, за якого влада належить народу. Цей термін виник в V ст. до н.е. в античній Елладі, однак набув поширення та бурхливого розвитку лише в XX ст. Це пов'язано з тим, що суспільство виходило на новий рівень, що характеризувалося дослідниками як «постіндустріальне», «інформаційне», «постмодерне» та «постматеріальне», що привело до широкомасштабних дослідів, пов'язаних насамперед із самим поняттям «демократія», а також появою концепцій щодо цього.

Головна проблема, що є у демократичному політичному режимі, – не його заснування, а його підтримка. На думку К. Поппера, суперечність полягає між ідеєю зосередження повноти влади народу та неможливістю її здійснення через відсутність такого механізму народоправства з вирішення будь-якого питання на всіх рівнях [8].

Американський вчений Л. Даймонд виокремлює три парадокси демократії: «згода versus ефективність», «представничість versus керованість» та «конфлікт versus консенсус». Перший парадокс полягає в підтримці демократії суспільством задля стабільної та успішної політики,

однак ця підтримка залежить безпосередньо від ефективності здійснення демократичної політики в суспільстві. Другий парадокс полягає в тому, що керованість вимагає концентрації та автономії влади для забезпечення швидкої та енергійної політики, однак ця вимога суперечить потребі в підзвітності влади та контролю за діяльністю народу та його представників. На думку Даймонда, третій парадокс викликає найбільше протиріччя у здійсненні демократії. Демократія зумовлює незгоду й поділ, проте на основі згоди і згуртованості. Для розвитку потрібні конфлікт і політична конкуренція, проте ці явища можуть підірвати стабільність здійснення демократичного режиму [2, с. 92–102].

Спираючись на думки інших вчених, можна виокремити ще один парадокс демократії. Е. Гутманн у своїй праці «Типи і парадокси демократії» зазначає, що протиріччя викликає «недосконалість балансування більшості та меншості». Тобто громадяни, що становлять меншість у результаті голосування мають дотримуватися «думки більшості», хоча мають зовсім інші переконання та думки. Ситуації такого типу формують у громадян думку про безглуздість і відсутність сенсу щодо участі у виборах, однак, з іншого боку, неучасть не призводить до бажаного результату [1, с. 152–153].

Л. Зідентоп у праці «Демократія в Європі» виявляє ще одну суперечність демократичного політичного режиму, а саме те, що він прагне домінувати на великих просторах, які не мають такої можливості через невеликий масштаб. «Який рівень соціальної й політичної організації є необхідним для демократичного суспільства? З одного боку, демократичні свободи й особиста незалежність передбачають наявність високого рівня соціальної організації... З іншого боку, демократичне суспільство вважає, що «невелике – це добре», оскільки тут відкриваються можливості для участі в політичному і суспільному житті. Якщо в нас одночасно закладені настільки суперечливі уявлення про рівень організованості суспільства, необхідний для досягнення демократії, то чи можемо ми послідовно здійснювати будь-який курс на практиці? Чи здатні ми вірно розподілити соціальні і політичні ролі, щоб вони гармонійно поєднувались одна з іншою? В цьому полягає головне питання, яке стоїть перед сучасною демократією», – зазначає автор «Демократії в Європі» [5, с. 103].

Виокремлюється ще один парадокс. Ш. Ейзенштадт вважає, що демократія схильна до крихкості та змінності, і підставою щодо цього твердження є відкритість політичних процесів у конституційних демократіях. «Ця відкритість, – за словами Ейзенштадта, – головна причина крихкості демократичних політичних режимів сучасності, однак парадокс у тому, що саме вона забезпечує безперервність існування» [4, с. 67–68].

Як раніше зазначалося, у процесі здійснення демократичного політичного режиму, носієм влади та його джерелом є народ. Це положення закріплено в Конституції України, а саме у ст. 5: «Носієм суверенітету і єдиним джерелом влади в Україні є народ. Народ здійснює владу безпосередньо і через органи державної влади та органи місцевого самоврядування» [6].

Цією статтею підкреслюється можливість народу здійснювати владу, однак через відповідні органи, а саме через органи державної влади та органи місцевого самоврядування. Це означає, що органи лише опосередковують владу, а не діють як її самостійні носії. Це можна назвати принципом легітимності політичної влади. Однак цей принцип залишається нині суто теоретичним і є скоріше винятком, аніж правилом. Щодо цього, можна, знову ж таки, навести приклад голосування. Конституцією України, а саме ст. 70, передбачається, що право вибору мають лише громадяни України. Тобто люди, що легально не включаються до «складу народу», не мають право голосу [6].

Б. Стрешун висловлює думку, що воля парламенту = воля народу. Він зазначає, що парламент знає, чого бажає народ і висуває волю народу у відповідних нормативно-правових актах та положеннях. Це є ідеєю народного представництва в дії [9, с. 132].

Вибори є однією з форм реалізації народовладдя, що мають здійснюватися за допомогою принципу вільності (виключення будь-якого примусу стосовно виборців), принципу рівності (рівні можливості серед виборців щодо впливу на результати), принципу загальності (залучення широкого кола людей), принципу прямих виборів (формування державного апарату виключно виборцями) і, найважливіше, принципу таємного голосування (забезпечення повної свободи голосування). Звичайно, немає у світі виборчої системи, яка б гарантувала реалізацію усіх наведених принципів ідеально через такі чинники, як відповідність політичним поглядам усього суспільства та його неоднорідність.

Восени 2020 року американці мали вирішити долю країни надалі, а саме кому віддати перевагу: республіканцю Трампу чи демократу Байдену.

Політика Трампа вплинула не тільки на внутрішні процеси Америки, але й на зовнішні, також не на краще. Д. Трамп підірвав міжнародне співробітництво з великою кількістю країн та організацій, що значно послабило позиції США у світі. Щодо Байдена, то його політичні погляди націлені на відновлення співробітництва із союзниками США та повернення колишньої репутації. Його політика є безпосередньо демократичною. Дж. Байден буде проводити боротьбу з COVID-19 у вигляді надання людям безплатного тестування, збільшення заробітної плати до 15\$/год, боротьби з расовою та соціальною дискримінацією та багато інших заходів щодо поліпшення ситуації в Америці. Оскільки через вибори суспільство може виражати засади політичного режиму, який бажають бачити в країні, американці надали перевагу поглядам Дж. Байдена. Більшість виборців дійсно вірить у те, що саме він зможе змінити політику Америки на краще у плані стабілізації та рівності.

Проте справа щодо виборчого процесу нового президента Сполучених Штатів Америки не пройшла спокійно, і свідками цього є не лише громадяни Америки, а й увесь світ. Д. Трамп, не приймаючи власну поразку у виборах і перемоги Байдена, 6 січня віддав указ щодо захвату Капітолія, де відбувався розгляд питання про результати виборів. Проте такі діяння Трампа не пройшли безслідно – 45-й президент США увійшов в історію як політик, щодо якого було висунуто два імпічменти; це перший випадок за останні 2 століття в політичному житті Сполучених Штатів Америки. Ситуація, що склалася через особисті переконання Трампа стосовно непризнання поразки, отримала великий осуд із боку жителів і політиків Америки і всього світу. Такі діяння підірвали авторитет США як країни, в якій панує політика однієї з найстаріших демократій світу. Це «поставило під сумнів» законність результатів і універсальність ідеї «одна людина – один голос». Джо-зефу Байдену потрібно здійснювати політику щодо модернізації країни, налагодження співробітництва з іншими країнами та організаціями, а також повернення Америці минулого авторитету.

Однак, чи є політика народного представництва дійсно дієвою? На думку італійського вченого Д. Дзоло, результати виборів є короткотерміновим інтересом виборців, аніж реальною волею народу. Також варто зазначити, що явка на вибори не перевищує 50–60%, що ставить під сумнів представницького характеру влади та ефективність її здійснення. Більшість представницьких органів працюють від виборів до виборів у межах достатньої автономії, а це означає, що здійснення представницької демократії нині є не більше, ніж заснування найвищого органу державної влади за допомоги великої кількості громадян, а не втіленням та здійсненням волі народу [3, с. 162].

Актуальною проблемою, що триває в Україні зі здійсненням демократії, є безпосередньо набуття нею імітаційного характеру. Нині держава знаходиться в перехідному процесі, а саме від пострадянської до демократичної. Через це сучасний політичний режим набуває низку особливостей. Так, у своїй праці «Зигзаги демократизації політичного режиму в Україні» О. Куценко визначає такі:

- 1) слабкість та високий рівень політичної поляризації еліти, що увиразнилося вже на початку 1990-х років;
- 2) висока конкуренція приватних інституцій за встановлення контролю за урядом;
- 3) збереження кадрів колишньої системи на більшості ключових позицій адміністративного управління і національного, і регіонального рівня;
- 4) сформована наприкінці 1990-х років консолідація владних еліт навколо акторів-гегемонів;
- 5) розквіт бюрократичної корупції, що реалізує механізм «захоплення держави»;
- 6) пов'язаний із переліченими чинниками низький рівень довіри населення до здійснюваної політики, до нових інституцій та лідерів [7, с. 65–79].

Також варто зазначити про таку актуальну проблему в Україні, як реалізація народного представництва шляхом виборчого процесу. Як раніше зазначалося, ідеальної виборчої системи не існує, кожна має свої переваги та недоліки. Нині «вибори» – лише умовна назва. Цей процес реалізує представництво інтересів не соціальних груп населення країни, а інтересів вузького кола осіб, а саме політичних партій, у більшості випадків яких реалізація стосується здійснення корупції. Корупція у виборчому процесі характеризується тим, що кандидат, офіційно отримуючи владні повноваження, використовує їх у майбутньому з метою набуття матеріальних і нематеріальних благ. Здійснення зловживання владою у власних інтересах, а не використання наданих повноважень на

благо українського суспільства, значно підриває реалізацію основної форми здійснення демократії, а саме у сфері виборчого процесу. Сучасний стан в Україні потребує здійснення негайних реформ, у першу чергу усунення прогалин виборчого законодавства.

Висновки. Отже, саме поняття «демократії» нині являє собою дисгармонійне та суперечливе явище, що підтверджується переліком низки парадоксів, викладених у статті, а саме:

- 1) підтримання демократичного режиму залежить від сприймання цієї політики, що залежить від того, наскільки ефективно та якісно здійснюється ця політика;
- 2) демократичність вимагає автономію, проте це суперечить обов'язковості підзвітності органам влади;
- 3) для здійснення ефективної політики потрібна політична конкуренція, яка може підривати стабільність режиму;
- 4) результати голосування залежать від думки більшості, що своєю чергою суперечить демократії, адже зневажаються погляди меншості;
- 5) відкритість політичних процесів у конституційних демократіях.

Нині такий політичний режим є «крихким» та слабким перед такими обставинами політики, як криза легітимності, зневіра народу у владі та ін. Щодо здійснення представницької демократії в Україні є низка неузгодженостей, особливо через перехідний процес від пострадянського українського суспільства до творення демократичної держави. Задля вирішення проблематики здійснення демократичного режиму в Україні потрібно підвищувати рівень політичної освіченості і культури суспільства, збільшити увагу до думок народу та їхніх соціально-культурних цінностей задля реалізації політики народовладдя, підвищення активності громадян в участі в політичних процесах на основі вивчення і аналізу світового досвіду щодо цієї проблеми.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гутман Е. Типи і парадокси демократії / упор. О. Проценко. Київ : Смолоскип, 2005. С. 143–154.
2. Даймонд Л. Три парадокси / упор. О. Проценко. Київ : Смолоскип, 2005. С. 95–104.
3. Дзюло Д. Демократія і складність: реалістичний підхід. Москва, 2010. 320 с.
4. *Ейзенштадт Ш. Парадокс демократичних режимів: крихкість і змінність Поліс*. 2002. С. 81–95.
5. Зідентоп Л. Демократія в Європі / Пер. з англ. ; під ред. В.Л. Іноземцева. Москва : Логос, 2001.
6. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996.
7. Куценко О. Зигзаги демократизації політичного режиму в Україні. Соціологія: теорія, методи, маркетинг, 2005. С. 65–74.
8. Поппер К. Відкрите суспільство та його вороги / пер. з англ. О. Коваленка. Київ : Основи, 1994, Т. 1. 444 с.
9. Страшун Б. Конституційне (державне) право зарубіжних країн. Москва, 2000, Т. 1. 784 с.

ПРАВОВИЙ ЗВИЧАЙ ЯК ДЖЕРЕЛО ПРАВА В УКРАЇНІ

LEGAL CUSTOM AS A SOURCE OF LAW IN UKRAINE

Богачова Л.Л., к.ю.н.,
доцент кафедри теорії і філософії права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ковальчук Д.Р., студентка I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Кундій А.Ю., студентка I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Звичаєве право завжди відігравало значну роль в історії українського народу. У додержавний період та Середньовіччя воно регулювало більшу частину суспільних відносин, було основою їх існування, оскільки визначало обов'язки й права індивіда. А всі перші зводи законів, царських указів і постанов були не чим іншим, як відтворенням правових норм, що вже існували у формі звичаю, із встановленням їх державного санкціонування.

Стаття присвячена дослідженню процесу розвитку звичаєвого права в Україні. Визначено поняття правового звичаю і способи офіційного визнання його джерелом права. Розкрито значення звичаєвого права в різних правових системах. Підкреслено значне поширення звичаєвого права у країнах традиційної правової сім'ї і вторинна його роль у правовому регулюванні у країнах романо-германського і англо-американського права. Зроблено порівняльно-правовий аналіз звичаю в системі джерел права романо-германської та англо-американської правових сімей. Звичаї застосовуються в міжнародному публічному праві. Висвітлено питання щодо використання міжнародно-правового звичаю як джерела права в Україні.

У статті проаналізовано нормативно-правові акти, що закріплюють можливість застосування правового звичаю, досліджено роль і місце правового звичаю на всіх етапах розвитку права України, переважно в сучасній правовій системі. Розглянуто види звичаїв, до яких відсилають акти чинного законодавства. Висвітлено значення звичаєвого права в цивільному, господарському, сімейному та інших галузях права.

Доведено, що значна кількість звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І це дає підстави вважати правовий звичай одним із джерел національного права. Нині в Україні правовий звичай має статус обов'язкового, субсидіарного джерела права. Його роль зростає у зв'язку з відмовою від централізованого правового регулювання у сфері приватного права. Використовується звичай і у сфері публічного права – в конституційному, адміністративному, фінансовому, міжнародному публічному праві.

Правова система України характеризується різноманітністю джерел права, а отже, проблема не в тому, щоб позбавити її окремих джерел і надати перевагу закону, а в тому, щоб знайти кожному з джерел права своє місце в механізмі правового регулювання. Колективом авторів зроблено висновки щодо необхідності подальшого вивчення процесу розвитку звичаєвого права в Україні.

Ключові слова: звичай, джерела права, звичаєве право, правовий звичай, міжнародний звичай.

Customary law has always played a significant role in the history of the Ukrainian people. In the pre-state period and the Middle Ages, it regulated most of social relations, was the basis of their existence, as it determined the responsibilities and rights of the individual. And all the first sets of laws, royal decrees and ordinances were nothing more than a reproduction of existing legal norms in the form of custom with the establishment of their state sanction.

The article is devoted to the study of the process of development of customary law in Ukraine. The concept of legal custom and ways of its official recognition as a source of law are defined. The significance of customary law in different legal systems is revealed. The significant spread of customary law in the countries of the traditional legal family and its secondary role in the legal regulation in the countries of Romano-Germanic and Anglo-American law are emphasized. A comparative legal analysis of the custom in the system of sources of law of the Romano-Germanic and Anglo-American legal families is made. Customs are applied in public international law. The issue of using international legal custom as a source of law in Ukraine is covered.

The article analyzes the legal acts that enshrine the possibility of applying legal custom, explores the role and place of legal custom at all stages of development of Ukrainian law, mainly in the modern legal system. The types of customs to which the acts of the current legislation refer are considered. The importance of customary law in civil, commercial, family and other branches of law is highlighted.

It is proved that a significant number of customs are enshrined in law. And this gives grounds to consider legal custom as one of the sources of national law. Today in Ukraine, legal custom has the status of a mandatory, subsidiary source of law. Its role is growing due to the abandonment of centralized legal regulation in the field of private law. Custom is also used in the field of public law - in constitutional, administrative, financial, international public law.

The legal system of Ukraine is characterized by a variety of sources of law, and therefore, the problem is not to deprive it of individual sources and give preference to the law, but to find each of the sources of law its place in the mechanism of legal regulation. The team of authors made conclusions about the need for further study of the development of customary law in Ukraine.

Key words: custom, sources of law, customary law, legal custom, international custom.

Постановка проблеми. Актуальним питанням упродовж останніх років є потреба осмислення процесу розвитку звичаєвого права в Україні. Звичай як джерело права визнавався споконвіку, але його роль у регулюванні правових відносин змінювалася на різних етапах державного розвитку. Причиною актуалізації наукових досліджень звичаєвого права є те, що, по-перше, звичай як найдавніше джерело права вплинув на розвиток українського права, багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах, а по-друге, деякі регіони України заселені представни-

ками багатьох національностей, які зберігають свою культуру, звичаї, традиції. І цей факт потрібно враховувати для того, щоб зберегти їхню самобутність та забезпечити мир і злагоду в багатонаціональній державі [1, с. 52].

Як зазначає Н.Є. Толкачова, ставлення до звичаю змінюється кожного разу, коли зростає чи спадає напруга між чинним позитивним, писаним правом і практикою відносин, що склалась. Крім причин економічного характеру, непостійність у поглядах на звичаєве право викликається ще й ідеологічними причинами, які частіше за все зава-

жають сприймати точну картину змін, що відбуваються в структурі права [2, с. 135].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз юридичної літератури дає підстави твердити про наявність чималої кількості наукових праць, присвячених проблематиці правового звичаю у системі джерел права України. Серед теоретиків права можна виокремити таких учених, як К. Алимжан, С. Вильнянський, К. Жоффре-Спінозі, С. Комаров, Л. Луць, М. Марченко, Д. Мейер, В. Озель, С. Пахман, Н. Толкачова та ін. Праці вказаних вчених заклали підґрунтя досліджуваного питання та мають велике наукове значення. Проте в сучасних умовах питання набуває нового значення та потребує переосмислення, що викликає необхідність наукового дослідження за цією темою.

Метою статті є з'ясування впливу звичаю на розвиток національного права; визначення місця звичаю в системі джерел сучасного права України; проведення порівняльного аналізу ролі звичаю в романо-германському і англо-американському праві.

Виклад основного матеріалу. За весь період історії в українського народу сформувалися деякі звичаї та традиції, певні ідеали, вірування, поняття про честь, гідність, праведність та справедливість. Саме постійний розвиток суспільства зумовив виникнення звичаю, а пізніше і звичаєвого права, що відображувало принципи моралі та суспільної свідомості українського народу.

У повсякденній практиці зустрічаються різні види звичаїв, як і різними є їх «забезпечувальна» сила в моральних устоях, традиціях, душі народу. Вчиняючи за звичаєм, ми фактично сприймаємо таке правило поведінки на віру, адже абсолютно неможливо встановити ні джерела походження звичаю, ні навіть факту його неодноразового використання. Певною мірою звичай сприймається без аналізу його походження, як знання, яке дане нам ззовні і стало нашим переконанням, що діяти треба саме так, відповідно до звичаю. Звичайно, що недотримання звичаїв у повсякденному житті не тягне якихось примусових засобів впливу на особу, але моральний осуд із боку інших інколи може бути більш значущим для моральної, освіченої, культурної особи, ніж засоби правового примусу [3, с. 134].

На відміну від побутових звичаїв, сферою регулювання звичаєвого права є найбільш важливі суспільні відносини. До типових напрямів такого регулювання належать: відносини влади та підпорядкування; ведення війни; набуття, припинення та здійснення речових прав; укладення та виконання зобов'язань; особисті немайнові та майнові відносини сім'ї; спадкування; кримінальна відповідальність; здійснення судочинства тощо.

Під правовим звичаєм розуміють правило поведінки, яке передбачає усталений порядок дій, склалося в результаті тривалої практики здійснення й юридичне значення якого є офіційно визнаним [4, с. 116]. Держава визнає звичай джерелом права у прямій (шляхом бланкетування юридичної норми) і непрямої (шляхом надання права керуватися відомими на практиці звичаями у процесі реалізації юридичних норм) формах. Вважається, що звичай є правовим, якщо він відповідає двом критеріям: матеріальному, який вимагає того, щоб певне правило склалося внаслідок одноманітного повторення дій (*consuetudo*) і психологічному, який полягає в почутті, переконанні суб'єктів права в тому, що здійснення цих дій є обов'язковим, оскільки цього вимагає право (*opinio juris sive necessitatis*).

Санкціоновані звичаї, набувши характеру юридичної норми, не можуть становити якоїсь цілісної системи, оскільки такі правові звичаї належать до різних галузей юридичного права. Характеризуючи звичаєве право як юридичні норми, можна дійти хибного висновку про існування в рамках права юридичного окремої складової частини – права звичаєвого. Тому звичаєве право – це сукупність усталених через їх багаторазове застосування

у практиці повсякденного життя, загальноприйнятних, неписаних правил поведінки, що забезпечуються моральними устоями, національними традиціями, соціальною зрілістю суспільства загалом [3, с. 130].

Проаналізувавши розвиток українського права, можна стверджувати, що найважливішу роль звичай відіграв у давньоруській державі та в Запорозькій Січі, де панувало виключно звичаєве право [2, с. 135]. Варто зауважити, що найдавніші відомі договори Русі із Візантією (911, 944, 971 pp.) ґрунтувалися на «законі руському» (неписаному звичаєвому праві Київської Русі), нормативно закріплювали стародавні звичаї у сфері цивільного права, а саме: майнові правовідносини між членами сім'ї, звичаї спадкування, торгівельні звичаї тощо. На звичаєвому праві ґрунтувалась і «Руська правда», нормативно закріплюючи на рівні закону вироблену практику у сфері зобов'язального, спадкового та навіть кримінального права [5, с. 201]. Давньоруське звичаєве право залишалося основним джерелом регулювання суспільних відносин у часи панування на українських землях литовської та польської влади (XVI–XV ст.), а в XVI ст. Литовські статuti (1566 р. та 1588 р.) зафіксували обов'язок суду у разі відсутності законодавчої норми права вирішувати справи на основі звичаєвих норм. Водночас маґдебурзьке право, що на цей час вже було дуже поширене в українських містах, принесло на наші землі західноєвропейські торгівельні звичаї, що містилися в «Саксонському зерцалі» (1536 р.), «Порядку прав цивільних маґдебурзьких» (1559 р.), «Праві цивільному хелмінському» (1584 р.) тощо [5, с. 201]. Досить цікавим є період Гетьманщини, де спочатку збереження давніх звичаїв стало запорукою української автономії, але згодом було створено такі санкціоновані Російською імперією кодифіковані збірки українського (здебільшого звичаєвого) права, як «Права, за якими судиться малоросійський народ» (1743 р.) та «Зібрання малоросійських прав» (1807 р.). Зокрема, козаки Запорозької Січі всі свої правовідносини будували виключно на звичаєвому праві, яке називали «козацьким правом» або «вольностями» [5, с. 201].

Після тривалого радянського періоду ігнорування та поборювання правових звичаїв українське право стало на шлях регенерації цього демократичного джерела права, яке має для українського народу важливе історичне значення та здатне органічно доповнити і тим самим якісно оновити сучасну правову систему України. Правовий звичай у більшому чи меншому ступені присутній в усіх основних галузях українського права. Щоправда, значення звичаю є більш істотним у галузях приватного права, що відповідає традиції та новітнім тенденціям розвитку правових систем континентальної Європи [6, с. 361].

У сучасний період звичаєве право найбільш поширене у країнах традиційної правової сім'ї. У країнах романо-германського і англо-американського права правовий звичай використовується як додаткове джерело права.

Звичай як джерело права існує на всіх етапах розвитку романо-германського права. Р. Давид зауважує, що звичай у романо-германському праві не є тим основним і первинним елементом права, як того бажає соціологічна школа, проте його роль разом із тим аж ніяк не є такою незначною, як вважають позитивісти [7, с. 102]. У конкретних правових системах романо-германської сім'ї значення звичаїв є не однаковим. Так, наприклад, в Іспанії (особливо в Каталонії) звичай як джерело права відіграє досить важливу практичну роль, а ось у Франції роль звичаю є досить незначною. У правовій системі Німеччини звичаї – також майже зникаюче джерело права [7, с. 102].

Р. Давид розрізняє три види звичаїв, а саме: 1) звичаї, що виступають на додаток до закону (*secundum legem*). Ці звичаї сприяють створенню найоптимальніших умов для втілення і застосування нормативних актів, оскільки останні в низці випадків для свого розуміння потребують доповнення звичаєм; 2) звичаї, що діють замість закону

(*praeter legem*). За допомогою них регулюються лише суспільні відносини, не урегульовані законодавством. Це положення в деяких країнах закріплюється на законодавчому рівні. Так, згідно зі ст. 1 Цивільного кодексу Швейцарії за умови відсутності відповідних законодавчо встановлених положень, що регулюють спірні суспільні відносини, суддя вирішує спір на основі норм звичаєвого права; 3) звичаї, що діють усупереч закону (*adversus legem*). Такі звичаї є досить рідкими в романо-германському праві та усіяко обмежуються. Це пояснюється тим, що в жодній країні суди не люблять виступати проти законодавчої влади. У деяких національних правових системах ці звичаї навіть законодавчо забороняються [7, с. 104].

Нині значення звичаю майже в усіх країнах Європи зменшується. Можна констатувати, що в процесі формування розгалуженої правової системи суспільства, ускладнення громадського життя звичай поступово витісняється із системи джерел романо-германського права законами і судовими рішеннями. Така тенденція не є дивною. Як зазначає П.Г. Виноградов, на ранніх стадіях історії права народний звичай є настільки ж природним і характерним, наскільки є природними і характерними для дитинства дитяча вимова та поведінка. Тому не є ані дивовижним, ані прикритим той факт, що в розвинутому суспільстві право дедалі більше стає спеціалізованою галуззю професійних юристів [7, с. 103]. Еннекцерус зауважує, що звичаєве право виникає головним чином із судової практики. У цьому випадку звичай сприймається і застосовується судом, а рішення суду, що засноване на звичаї, забезпечується примусовою силою держави. Законодавче визнання відбувається завдяки посиланню в тексті нормативно-правового акта на необхідність використання певного звичаю. У такий спосіб держава визнає вже сталі звичаї, вказує на умови їхнього застосування [7, с. 104].

Таке становище не виключає повністю звичай зі складу джерел права, проте призводить до того, що він має переважно допоміжний характер. Звичай зберігає за собою лише те місце, яким йому бажають поступитися офіційні джерела права.

Термін «звичай» в Англії вживається в кількох значеннях. По-перше, як історичне джерело права. До виникнення загального права саме численні звичаї і становили право; виникнення багатьох принципів англійського загального права пояснюється саме середньовічними звичаями. По-друге, термін «звичай» використовується для позначення традиційного торговельного та ділового звичаю. По-третє, термін «звичай» широко застосовується в конституційному праві та має велике значення для Англії, де не існує писаної Конституції. По-четверте, під терміном «звичай» англійські юристи розуміють місцевий звичай, тобто звичай, який застосовується тільки в певній місцевості. Саме у цьому значенні звичай є особливим обов'язковим джерелом права, який знаходиться поряд із судовим прецедентом та законодавством [7, с. 165].

У деяких галузях сучасного англійського права звичаю надається самостійне значення. Наприклад, правовий звичай можна знайти серед норм, які регламентують окремі суб'єктивні права щодо використання земельної власності. Тут діють, зокрема, правові звичаї вільного проходу до церкви, права займатися спортом чи проводити вільний час на зеленій галявині, яка належить селу, що розглядаються як джерело норм загального права, визнане судами й у наші дні. Однак навіть тоді, коли звичай розглядається як самостійне джерело англійського права, його вважають джерелом, підпорядкованим прецеденту [7, с. 165].

В Україні правовий звичай має статус обов'язкового, субсидіарного джерела права.

На думку В. Озель, будь-які процеси розвитку українського права мають відбуватися з урахуванням власних правових традицій, ustalених норм моралі, принципів, а особливо звичаєвого права як джерела правового регу-

лювання суспільних відносин. Не кожен звичай стає правовим, а тільки той, що відповідає інтересам держави, спільноти або суспільства загалом. Звичай стає правовим тоді, коли з'являється держава. У цьому випадку він спирається на можливість застосування примусу з боку державних органів і стає обов'язковим [5, с. 201]. Звичай, мораль, релігійні установлення реалізуються завдяки певним переконанням. Заради забезпечення більш жорсткого й ефективного регулятивного впливу потрібна оцінка, підтримка та захист ззовні авторитетом влади. Зібрання звичаїв та їх подальше державне санкціонування є одним із перших способів утворення правових звичаїв. Існують ще й інші способи санкціонування звичаїв: відсилання до звичаю, використання його як нормативної основи судового рішення [8, с. 66–67].

Правове регулювання суспільних відносин в Україні зазнало суттєвих змін. Зокрема, активно обговорюється питання про перенесення частини правового регулювання із загальнодержавного на місцевий рівень (децентралізація правового регулювання). У зв'язку з відмовою від централізованого правового регулювання в сфері приватного права (оскільки врегулювання відносин між суб'єктами цього права більш ефективно відбувається через самоорганізацію) в Україні роль правового звичаю зростає [9, с. 101]. І.В. Борщевський підкреслює, що визнання звичаю джерелом права в умовах децентралізації всіх сфер суспільного життя ґрунтується саме на принципах саморегулювання суспільних відносин [10, с. 3–6].

Можливість використання правового звичаю як джерела права передбачена ст.ст. 7, 28, 213, 333, 526, 527, 529, 538, 539, 613 Цивільного кодексу України, ст.ст. 11, 35, 146 Сімейного кодексу України, ст.ст. 32, 268, 344 Господарського кодексу України, ст.ст. 6, 146, 160, 293, 295 Кодексу торговельного мореплавства України, ст. 438 Кримінального кодексу України. Категорія «моральні засади суспільства» (ч. 4 ст. 13 Цивільного кодексу України) також є продуктом звичаєвого права, оскільки являє собою народні звичаї, положення релігії, що домінують у суспільстві, офіційну ідеологію суспільства, відображену в законодавчих актах та ін.

Ст. 7 Цивільного кодексу України передбачає, що цивільні відносини можуть регулюватися звичаєм, зокрема звичаєм ділового обороту. Звичаєм є правило поведінки, яке не встановлене актами цивільного законодавства, але є ustalеним у певній сфері цивільних відносин. Звичай може бути зафіксований у відповідному документі. Але водночас звичай, що суперечить договору або актам цивільного законодавства, в цивільних відносинах не застосовується [11].

Також звичаї знайшли своє відображення і в деяких нормах Господарського кодексу України. Як приклад, ч. 3 ст. 268 ГК України передбачено, що в разі відсутності в договорі умов щодо якості товарів остання визначається відповідно до мети договору або до звичайного рівня якості для предмета договору чи загальних критеріїв якості [12].

Принцип «*nullum crimen sine lege*» («немає злочину без закону») цілком природно мінімізував можливість застосування звичаїв у кримінальному праві України. Проте ст. 438 Кримінального кодексу України передбачає, що за порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про винищення таких дій караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років. [13] А отже, звичай виступає як джерело права і в кримінальних правовідносинах.

Звичаї діють і в українському судочинстві. Це є обов'язок учасників процесу вставати, коли суд входить, виходить і оголошує рішення, звернення до судді «Ваша честь!», розташування складу суду посередині між сто-

ронами справи та ін. [14, с. 127]. Також звичаєвою формою є процес складання позовів за певними шаблонами та зразками [6, с. 361].

Як зазначають І.Ю. Стрельникова, Є.В. Погорелов, закріплення звичаєвих норм у праві є підставою вважати їх важливим джерелом національного права, незважаючи на те, що роль правового звичаю значно вужча, ніж та, яку відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти чи нормативно-правові договори [1, с. 55].

Важливу роль звичаї відіграють у міжнародному публічному праві. Міжнародний звичай як складник загального міжнародного права постійно привертає до себе увагу дослідників міжнародного публічного права і викликає жваві дискусії щодо його ролі в міжнародно-правовому регулюванні окремих напрямів міжнародного співробітництва.

О.В. Буткевич дійшла висновку, що міжнародний звичай передував появі внутрішньоплемінних і внутрішньодержавних звичаїв. Зокрема, вона пише: «Звичай як правове джерело виникає спочатку саме для регулювання міжнародних відносин, і тільки потім його дія поширюється на відносини всередині окремого соціуму, які, будучи менш розвиненими, ніж міжнародні відносини, регулювалися не правовими нормами, а релігією, мораллю, етикою і т. ін.» [15, с. 235].

У чинному законодавстві України міжнародно-правовий звичай згадується тільки в тих нормативно-правових актах, що стосуються регулювання відносин, які вже традиційно зараховуються українською наукою до приватноправових. Так, ч. 1 ст. 4 Закону України «Про міжнародне приватне право» називає міжнародні звичаї, «які визнаються в Україні» одним із джерел визначення права, що підлягає застосуванню до приватноправових відносин з іноземним елементом; ч. 1 ст. 6 Закону України

«Про зовнішньоекономічну діяльність» наділяє суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності в процесі складання тексту зовнішньоекономічного договору (контракту) правом використовувати, зокрема, міжнародні звичаї [16, с. 160].

Як зазначає Ю.В. Щокін, у Конституції та внутрішніх законах України питання про співвідношення норм загального звичаєвого міжнародного права і національного права України належним чином не врегульоване. У нормах національних законів України, які містять відсилання до міжнародних звичаїв, відсутній диференційований підхід до їх застосування, заснований на місці та ролі кожного з різновидів звичаїв у регулюванні міжнародних відносин [16, с. 167].

Висновки. Правовий звичай є важливим чинником формування права на всіх історичних етапах розвитку суспільства. Багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах нашої держави, але їхня роль значно вужча, ніж та, що відіграють інші джерела права, такі як нормативно-правові акти, і за юридичною силою звичаї поступаються останнім та можуть застосовуватися, якщо вони не суперечать законодавству, договору, моральним засадам суспільства. Але звичаї продовжують відігравати певну роль у регулюванні суспільних відносин в Україні, про що свідчить той факт, що багато звичаїв знайшли своє закріплення в правових нормах. І це дає нам підстави вважати звичай одним із джерел сучасного права в Україні. Його роль зростає у зв'язку з відмовою від централізованого правового регулювання у сфері приватного права. Також звичай використовується у сфері публічного права – в конституційному, адміністративному, фінансовому праві. Правові звичаї складаються в парламентській, виборчій практиці, в діяльності органів місцевого самоврядування. Отже, очевидно є потреба в подальшому дослідженні впливу звичаєвого права і визначення місця правового звичаю в системі джерел національного права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Стрельникова І.Ю., Погорелов Є.В. Місце звичаю в сучасному праві України. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського*. Серія: юридичні науки. 2010. Том 23 (62), № 2. С. 52–56.
2. Толкачова Н.Є. Правовий звичай, узвичаєність, звичай ділового обороту як форми регулювання економіко-правових структур. *Вісник господарського судочинства*. 2010. № 4. С. 133–141.
3. Яворська О.С. Звичаєве право як соціальний регулятор цивільних відносин. *Науковий вісник*. 2013. № 2. С. 129–137.
4. Загальна теорія права : підручник / [О.В. Петришин, Д.В. Лук'янов, С.І. Максимов, В.С. Смородинський та ін.] ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2020. 568 с.
5. Озель В.І. Звичай у системі права України. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 6. С. 201–205.
6. Бедрій М.М. Правовий звичай у сучасній правовій системі України. *Юридичні науки*. 2017. Випуск 7 (47). С. 357–363.
7. Порівняльне правознавство у таблицях : підручник / С.П. Погребняк, Д.В. Лук'янов, І.О. Биля-Сабадаш та ін. ; за заг. ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2012. 272 с.
8. Правова система України: історія, стан та перспективи: у 5 т. Т. 1. Методологічні та історико-теоретичні проблеми формування і розвитку правової системи України. Харків : Право, 2008. 728 с.
9. Корунчак Л.А. Генеза та еволюція джерел права: синергетичний підхід. Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Харків, 2019. С. 90–104.
10. Борщевський І.В. Правовий звичай як джерело сучасного права в Україні. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2016. Випуск 5(14). С. 3–6.
11. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
12. Господарський кодекс України від 16.01.2003 р. № 436-IV / *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/436-15>.
13. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III / *Верховна Рада України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
14. Цветкова Ю.В. Місце правового звичаю у правовій системі України *Підприємництво, господарство і право*. 2010. Випуск 12. С. 125–128.
15. Буткевич, О.В. У истоков международного права. Київ : Юрид. центр Пресс, 2008. С. 194–235.
16. Щокін Ю.В. Місце звичаїв загального міжнародного права у правопорядку України. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. Випуск 3 (50). С. 158–167.

ПРАВОВА СИСТЕМА УКРАЇНИ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ТЕНДЕНЦІЇ РОЗВИТКУ

LEGAL SYSTEM OF UKRAINE: CURRENT STATE AND DEVELOPMENT TRENDS

Богачова Л.Л., к.ю.н.,
доцент кафедри теорії і філософії права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Магда Є.В., студентка I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізовано історичні чинники, які вплинули на становлення правової системи України. Визначено поняття правової системи та розкрито її структурні елементи. Підкреслено, що за формально-юридичними ознаками правова система України тяжіє до романо-германського права. Охарактеризовано спільні риси національної правової системи і романо-германської правової сім'ї. Зосереджено увагу на системі джерел права України, уточнено ієрархію нормативно-правових актів, роль нормативно-правових договорів і судової практики в процесі правового регулювання. Кодифікація законодавства з метою його упорядкування, подолання колізійності і прогалин, а також створення уніфікованого понятійного апарату є одним із напрямів розвитку сучасної правової системи України. Важливою проблемою розвитку правової системи є пошук оптимального ступеня узагальненості правових норм. Складником правової системи є система права. Визначено тенденції формування нових галузей права – транспортного, комерційного, валютного, інформаційного, медичного, нотаріального, спортивного, муніципального, ювенального, інтеграційного тощо. Обґрунтовано можливість зближення публічного і приватного права на новій гуманістичній основі. Євроінтеграційний курс України зумовлює необхідність втілення європейських правових стандартів у національну правову систему. Особливе значення має співпраця з Радою Європи, ратифікація вироблених нею конвенцій, дотримання прав людини і запровадження принципу верховенства права. Національне законодавство має відповідати Європейській Конвенції про захист прав людини і основних свобод 1950 р. Забезпечити таку відповідність має правова експертиза проектів нормативно-правових актів. У 2014 р. Україна підписала Угоду про асоціацію з ЄС. Угодою значно розширені сфери співпраці України з ЄС і передбачені різні способи гармонізації її законодавства із законодавством ЄС. На національну правову систему суттєво впливає діяльність Європейського суду з прав людини. В Україні суди загальної юрисдикції найчастіше звертаються до положень Конвенції і практики Суду в разі наявності прогалин у національному законодавстві, в разі невідповідності законодавства України положенням Конвенції та рішенням Суду, в разі використання в судовій практиці таких принципів, як верховенство права, справедливість тощо. Конституційний Суд України задля обґрунтування власних правових позицій використовує відсильний, казуїстичний або казуїстично-змістовний способи застосування практики Європейського Суду з прав людини. На сучасному етапі вітчизняна правова система відчуває вплив глобалізаційних процесів і потребує оптимізації. Основними тенденціями її розвитку є визнання принципу верховенства права і пріоритетності прав людини, забезпечення провідної ролі нормативно-правового акта в системі джерел права, кодифікація законодавства, виникнення нових галузей права, зближення публічного і приватного права, впровадження європейських правових стандартів у нормотворчу і правозастосовну практику.

Ключові слова: правова система, романо-германське право, система права, кодифікація законодавства, європейські правові стандарти.

The article analyzes the historical factors that influenced the formation of the legal system of Ukraine. The concept of the legal system is defined and its structural elements are revealed. It is emphasized that the legal system of Ukraine tends to Romano-Germanic law in terms of formal and legal features. The common features of the national legal system and the Romano-Germanic legal family are described. The focus is on the system of sources of law of Ukraine, the hierarchy of normative legal acts, the role of normative legal agreements and judicial practice in the process of legal regulation are specified. Codification of legislation in order to streamline it, overcome conflicts and gaps, as well as the creation of a unified conceptual framework is one of the areas of development of the modern legal system of Ukraine. An important problem in the development of the legal system is the search for the optimal degree of generalization of legal norms. A component of the legal system is the legal system. The tendencies of formation of new branches of law – transport, commercial, currency, information, medical, notarial, sports, municipal, juvenile, integration, etc. are determined. The possibility of convergence of public and private law on a new humanistic basis is substantiated. Ukraine's European integration course necessitates the implementation of European legal standards in the national legal system. Of particular importance is cooperation with the Council of Europe, the ratification of its conventions, respect for human rights and the introduction of the rule of law. National legislation must comply with the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950. The legal examination of draft regulations is intended to ensure such compliance. In 2014, Ukraine signed an Association Agreement with the EU. The agreement significantly expands the scope of Ukraine's cooperation with the EU, and provides for various ways to harmonize its legislation with EU legislation. The national legal system is significantly affected by the activities of the European Court of Human Rights. In Ukraine, courts of general jurisdiction most often refer to the provisions of the Convention and the case law of the Court in the presence of gaps in national law; in case of inconsistency of the legislation of Ukraine with the provisions of the Convention and the decision of the Court; when using in judicial practice such principles as the rule of law, justice, etc. The Constitutional Court of Ukraine uses reference, casuistic or casuistically meaningful ways of applying the case law of the European Court of Human Rights to substantiate its own legal positions. At the present stage, the domestic legal system is affected by globalization processes and needs to be optimized. The main trends in its development are the recognition of the rule of law and the priority of human rights, ensuring the leading role of the legal act in the system of sources of law, codification of legislation, the emergence of new branches of law, convergence of public and private law, introduction of European legal standards.

Key words: legal system, Romano-Germanic law, system of law, codification of legislation, European legal standards.

Вступ. Нині в Україні відбуваються трансформаційні зміни, головне місце в яких займає право, яке функціонує у вигляді цілісної правової системи. Реалізація державного суверенітету, формування засад правової державності та поваги до прав і свобод людини – все це стає можливим лише за умови розвиненої правової системи [1, с. 3] Стратегічний напрям розвитку сучасної української держави – приєднання до Європейського Союзу – зумовлює необхідність проведення реформаторських та інтегра-

ційних заходів у правовій сфері, які мають забезпечити ефективні механізми соціального розвитку. Проблема тієї правової системи присвячені праці як вітчизняних, так і зарубіжних науковців, серед яких можна виділити роботи Ж.-Л. Бержеля, Р. Давида, В. Журавського, О. Зайчука, М. Козюбри, Г. Кьотца, Д. Лук'янова, Л. Луць, М. Марченка, Н. Оніщенко, О. Петришина, П. Рабіновича, А. Саїдова, Ю. Тихомирова, О. Скакун, М. Хаустович, Ю. Шемшученка, К. Цвайгерта та ін. Але, незважаючи на

увагу, яка приділяється розкриттю змісту поняття «правова система», сучасний стан правової системи України потребує окремого дослідження. Актуальним є і визначення тенденцій подальшого розвитку національної правової системи за умов її реформування під впливом правової глобалізації.

Виклад основного матеріалу. На правову систему України значно вплинуло історичне минуле. Історія розвитку українського права починається з Київської Русі, а сучасний свій вираз воно набуває після проголошення незалежності України у 1991 році. Найважливішою пам'яткою права є «Руська Правда». Саме вона заклала початок для подальшого розвитку багатьох галузей права – цивільного, кримінального, сімейного, процесуального тощо. Під впливом «Руської Правди» розвивалися правові системи Великого Князівства Литовського та Польського Королівства, у складі яких перебувала більшість українських земель. На вітчизняну правову думку вплинули Литовські статuti та права система Великого Князівства Литовського. У цей період джерелами права були норми звичаєвого права. У середині XIV століття відбувається запозичення європейського досвіду міського самоврядування – Магдебурзького права. Його отримали такі міста, як Берестечко, Корсунь, Луцьк, Львів, Київ, Житомир, Сянок, Снятин, Кам'янець-Подільський, Канів, Вінниця, Дубно, Ковель, Переяслав. У цих містах були сформовані магістрати (власні органи місцевого самоврядування), які виводилися з-під юрисдикції місцевої адміністрації. Національна революція, яка розпочалася у 1648 р., призвела до формування Української козацької держави. У цей час було скасовано більшість норм Речі Посполитої і почалося формування елементів власної правової системи. Виникає поняття «козацького права», що складалося з норм звичаєвого права та рішень генеральних рад і гетьманських універсалів. Важливою подією стало укладання у 1710 р. Договору гетьмана Війська Запорозького Пилипа Орлика зі старшиною та козацтвом про взаємні права та обов'язки (Конституція Пилипа Орлика). Протягом XIX–XX ст. Україна зазнавала впливу правових систем різних держав (Російська імперія, Польща, Австро-Угорщина та ін.). Близько 70 років Україна входила до складу Радянського Союзу. У цей період діяла соціалістична правова система, хоча з формального погляду вона була схожа з романо-германським правом [2, с. 66–69]. Після проходження досить важкого і тривалого шляху Україна здобула незалежність, і перед нею постало питання розбудови національної правової системи.

Правова система – це сформована під впливом об'єктивних закономірностей розвитку певного суспільства сукупність усіх його правових явищ, які перебувають у сталих зв'язках між собою та іншими соціальними явищами, що забезпечує її цілісність, розвиток та правонаступність [3, с. 517]. Традиційно елементи правової системи групують у кілька підсистем: 1) інституційну (суб'єкти права, що утворюють правову систему); 2) нормативну (норми і принципи права, система джерел права); 3) ідеологічну (праворозуміння, правосвідомість, правова культура, правова наука); 4) функціональну (нормотворчість, правореалізація, правозастосування, правовідносини, судова та інша юридична практика); 5) результативну (результат дії права, стан правопорядку в суспільстві).

Правова система України за формальними ознаками тяжіє до романо-германської правової сім'ї, а отже, головним орієнтиром для неї є верховенство права. Мета верховенства права – запровадження такого правопорядку, який не допускає свавілля державної влади, створює спеціальні правові механізми, завдяки яким суспільство може контролювати діяльність держави. Приналежність до романо-германської правової сім'ї зумовлена наявністю традиційних для романо-германського права рис. Вітчизняна правова система характеризується провідним місцем нормативно-правових актів у системі джерел права.

Нормативні акти існують у вигляді складної ієрархічної системи, найвищу юридичну силу в якій має Конституція України, нижче розташовані конституційні закони, звичайні закони, нормативні укази Президента, нормативні постанови уряду (Кабінету Міністрів), нормативні акти центральних органів виконавчої влади (накази міністерств та інших центральних органів виконавчої влади), розпорядження місцевих державних адміністрацій, рішення органів місцевого самоврядування. Правова система України характеризується множинністю джерел права. Разом із нормативно-правовими актами набувають поширення нормативно-правові договори, які дають змогу враховувати взаємні інтереси суб'єктів громадянського суспільства і забезпечувати порівняно безконфліктне його існування. Статус обов'язкового джерела права має частина судової практики, зокрема: висновки, зроблені в конкретних справах Європейським Судом з прав людини, рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення, постанови Верховного Суду України в рішеннях щодо неоднакового застосування норм права.

Ще одним підтвердженням приналежності національної правової системи до романо-германської правової сім'ї є кодифікований характер права. Останнім часом в Україні проводиться активна робота щодо кодифікації законодавства. Серед новітніх кодексів варто назвати Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 р., а також Виборчий кодекс України від 19.12.2019 р. Кодифіковані акти становлять фундамент нового законодавства, упорядковують нормативно-правовий масив, усувають колізії і прогалини в законодавстві, уніфікують правовий категорійний апарат, забезпечують термінологічно-мовну єдність нормативно-правових актів [4, с. 227].

У країнах романо-германського права, в тому числі в Україні, правові норми мають абстрактний і загальний характер. Загальний характер вказує на те, що норми права адресовані невизначеному колу осіб, а абстрактність означає, що вони регулюють не конкретні відносини, а передбачають загальні обставини. Норма права встановлює для невизначеної кількості випадків, які правові наслідки настають за тих чи інших фактичних обставин, що описуються абстрактно. Важливою проблемою розвитку правової системи є пошук оптимального ступеня узагальненості правових норм. Норми права не мають бути занадто загальними, оскільки тоді вони перестають бути ефективним керівництвом для практики. Водночас вони не мають бути надмірно деталізованими, оскільки призначені регулювати певний тип суспільних відносин, а не застосовуватися до конкретної ситуації.

Складником правової системи виступає система права. Система права – це сукупність логічно узгоджених між собою правових норм, які інтегровані принципами права та зумовлені сполученням публічних та приватних інтересів. Правові норми розподіляються по галузях, підгалузях та інститутах за предметом і методом правового регулювання і утворюють внутрішню структуру системи права. За умов формування в Україні громадянського суспільства, розбудови правової держави, що супроводжується серйозними змінами в національному праві, виникла необхідність наукової оцінки процесів, що відбуваються, і внесення змін у системні основи побудови українського права. На це неодноразово звертали увагу багато дослідників, аналізуючи концепцію системи права. Питання про систему права потребує нового вивчення з урахуванням сучасних реалій та вимог суспільства. Після набуття Україною незалежності процес появи нових галузей права в структурі права України значно прискорився і поглибився. Нині пропонується виокремлювати такі галузі права, як транспортне право, комерційне право, валютне право, інформаційне право, медичне право, нотаріальне право, спортивне право, муніципальне право, ювенальне право, інтеграційне право тощо. Актуальності цій проблемі додає те, що в останнє

десятиліття відбувається стрімке оновлення всього нормативно-правового масиву, який є основним і найбільш активним фактором розвитку галузей права.

У структурі системи права виокремлюють такі підсистеми, як публічне і приватне право. На сучасному етапі розвитку права доцільно не загострювати протистояння, а підкреслити зближення публічного і приватного права на новій гуманістичній основі. Такою основою мають стати ідеї пріоритетності прав людини, розумного інтересу особи і суспільства, неприпустимості свавільного державного втручання. Нині продовжується процес дифузії публічного і приватного права, правові інститути відчують на собі одночасний вплив і публічного, і приватного права.

Як відомо, Україна вибрала євроінтеграційний вектор розвитку, і тому національне право зближується з європейським правом. У зв'язку з тим, що Україна у 1995 р. стала членом Ради Європи, вона взяла на себе зобов'язання щодо реформування правової системи та впровадження європейських стандартів до національної правової системи, передусім у галузі прав людини та верховенства права шляхом приєднання до конвенцій, які становлять договірну базу Ради Європи. Наша країна є стороною понад 80 юридично-зобов'язуючих інструментів РЄ. Пріоритетними напрямками співробітництва України з РЄ залишаються: реформування чинного і розробка та імплементація нового законодавства відповідно до стандартів Ради Європи на основі принципів верховенства права та прав людини; розбудова толерантного, демократичного суспільства, яке базується на європейських стандартах, зокрема, стосовно соціальних прав та прав національних меншин, рівних прав жінок та чоловіків, захисту дітей тощо; об'єднання зусиль для посилення ефективності боротьби проти корупції та відмивання коштів, протидії тероризму; залучення Ради Європи у взаємодії з Європейським Союзом до вирішення таких актуальних питань, як забезпечення свободи пересування, боротьба проти торгівлі людьми та ін.

Одним із найважливіших досягнень Ради Європи є вироблення загальноєвропейських стандартів прав людини. Вони були закладені Європейською Конвенцією про захист прав людини й основних свобод 1950 р. (Конвенція), яка стала справжнім загальноєвропейським біллем про права людини, конституційним документом європейського публічного порядку. Відмінною рисою Конвенції є встановлення незалежного наднаціонального механізму контролю за дотриманням її положень і притягнення до відповідальності держав-порушниць. Невідповідність національного законодавства нормам Європейської Конвенції становить найпоширенішу причину порушень прав людини. Забезпечити таку відповідність покликана правова експертиза проєктів нормативно-правових актів. Урядовий уповноважений у справах Європейського суду з прав людини здійснює постійну та з розумною періодичністю перевірку чинних законів і підзаконних актів на відповідність Конвенції та практиці Європейського суду, передусім, у сферах, що стосуються діяльності правоохоронних органів, кримінального провадження, позбавлення свободи (п. 3 ст. 19 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»). Законодавець не вказує конкретної періодичності, з якою має здійснюватися експертиза норма-

тивно-правових актів, і не передбачає відповідальності за її непроведення, він тільки зобов'язує міністерства та інші центральні органи виконавчої влади забезпечувати систематичний контроль за додержанням у рамках відомчого підпорядкування адміністративної практики, що відповідає Конвенції та практиці Суду (п. 5 ст. 19 Закону).

У 2014 р. Україна підписала Угоду про асоціацію з ЄС [5]. Норми регламентів ЄС, що містяться в додатках до Угоди, не мають прямої дії у внутрішньому правопорядку України, проте вона може посылатися в національному законодавстві на акти ЄС або інкорпорувати в національне законодавство окремі положення чи цілі блоки норм права ЄС. Угодою значно розширені сфери співпраці України з ЄС і передбачені різні способи гармонізації її законодавства із законодавством ЄС. Так, у сфері технічних правил Україна бере на себе зобов'язання вжити необхідних заходів для поступового забезпечення відповідності її законодавства до законодавства ЄС та виконувати принципи й практики, встановлені у відповідних рішеннях і регламентах. У сфері захисту прав інтелектуальної власності, окрім приєднання до положень та імплементації міжнародних конвенцій, Україна має удосконалити власний правовий механізм, здатний забезпечити ефективний захист прав на інтелектуальну власність на національному рівні.

На національну правову систему суттєво впливає діяльність Європейського суду з прав людини. Прецеденти ЄСПЛ зв'язують не тільки сам Суд, а й обов'язкові для всіх країн-учасниць Конвенції, в тому числі і для України. Так, ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.2006 р. прямо зобов'язує суди України застосовувати Конвенцію та практику Суду як джерело права [6]. В Україні суди загальної юрисдикції найчастіше звертаються до положень Конвенції і практики Суду в разі наявності прогалин у національному законодавстві, невідповідності законодавства України положенням Конвенції та рішенням Суду, використання у судовій практиці таких принципів, як верховенство права, справедливості тощо. Конституційний Суд України для обґрунтування власних правових позицій використовує відсильний, казуїстичний або казуїстично-змістовий способи застосування практики Європейського Суду з прав людини.

Висновки. Правова система України зберігає певні залишки попередньої, соціалістичної системи, вона має статус правової системи перехідного типу. За формально-юридичними ознаками національна правова система тяжіє до романо-германського права, а отже, успадковує західну правову традицію. На сучасному етапі вітчизняна правова система відчуває вплив глобалізаційних процесів і потребує оптимізації. Основними тенденціями її розвитку є визнання принципу верховенства права і пріоритетності прав людини, забезпечення провідної ролі нормативно-правового акта в системі джерел права, кодифікація законодавства, виникнення нових галузей права, зближення публічного і приватного права, впровадження європейських правових стандартів у нормотворчу і правозастосовну практику. Активне реформування правової системи України сприятиме якісному її удосконаленню, дотриманню євроінтеграційного курсу, відповідності загально-визнаним міжнародним нормам і принципам.

ЛІТЕРАТУРА

1. Хаустова М.Г. Національна правова система за умов розбудови правової демократичної державності в Україні : монографія. Харків : Право, 2008. 160 с.
2. Хаустова М.Г. Правова система України: особливості становлення та сутнісні риси. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2011. № 21. С. 65–75.
3. Загальна теорія права : підручник / Петришин О.В. та ін. ; за ред. Петришина О.В. Харків : Право, 2020. 568 с.
4. Теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / Петришин О.В. та ін. ; за ред. Петришина О.В. Харків : Право, 2014. 368 с.
5. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони : Угода Україна від 27.06.2014 р. : станом на 30 листоп. 2015 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011 (дата звернення: 13.04.2021).
6. Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини : Закон України від 23 лют. 2006 р. № 3477. *Офіційний вісник України*. 2006. № 12. Ст. 792.

ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ПРИНЦИПУ РІВНОСТІ

THEORETICAL AND LEGAL ASPECTS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY

Бурдоносова М.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри конституційного та адміністративного права
Державний університет інфраструктури та технологій

Стаття присвячена розгляду теоретичних аспектів принципу рівності в праві. Рівність є однією з важливих та фундаментальною конституційних вимог, що входить до концепції верховенства права, є умовою розбудови та функціонування правової держави. З іншого боку, рівність як правовий принцип є комплексним поняттям, яке в поєднанні з ідеями справедливості та свободи утворює складну конструкцію. У статті досліджуються аспекти співвідношення рівності та нерівності як інструменту, що дає змогу диференційовано компенсувати соціальні обмеження певних осіб, оскільки, поруч із категорією рівності завжди існує нерівність, яку не варто розуміти лише в негативному значенні. З погляду закону нерівність є тим інструментом, за допомогою якого можна надати привілеї певним категоріям осіб, наприклад, з обмеженими можливостями, зрівнявши їх з особами без цих обмежень.

Крім того, наголошується на відмінностях романо-германської правової сім'ї, в якій принцип рівності визнано як загальнолюдський, та релігійних правових систем, які наділяють людину різним правовим статусом – залежно від належності до певної групи, виділеної за різними критеріями – статевим, національним, релігійним або соціальним.

Розглядаються деякі аспекти співвідношення міжнародно-правових документів із прав людини (Каїрській Декларації), в яких втілені всі або більшість норм і принципів. Однак збіг формулювань не має вводити в оману та слугувати підставою для їх однакового сприйняття – за зовнішньою ідентичністю ховаються глибокі розбіжності на рівні принципів підходів.

А тому в статті наголошується на важливості врахування принципу правового поліцентризму в процесі розгляду рівності в праві. Він є відображенням неуніверсальності права й об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту. Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості розуміння права відповідної цивілізації.

Ключові слова: принцип рівності, правова рівність, нерівність, рівноправ'я, принцип правового поліцентризму, Каїрська декларація прав людини.

The article is devoted to the consideration of theoretical aspects of the principle of equality in law. Equality is one of the important and fundamental constitutional requirements, which is part of the concept of the rule of law. It is a condition for the development and functioning of the rule of law. On the other hand, equality as a legal principle is a complex concept, which in combination with the ideas of justice and freedom forms a complex structure. The article examines aspects of the relationship between equality and inequality as a tool that allows differentiated compensation of social limitations of certain individuals. Because, next to the category of equality, there is always inequality, which should not be understood only in a negative sense. From the legal point of view inequality is the tool which can be granted privileges to certain categories of persons, for example with disabilities, by equating them with persons without these restrictions.

It also emphasizes the differences between the Civil Law legal system, in which the principle of equality is recognized as universal, and Religious Law legal systems, which give a person different legal status – depending on belonging to a certain group, selected by different criteria – gender, nationality, religion or social.

Some aspects of the relationship between international human rights instruments (the Cairo Declaration of Human Rights), which embody all or most of the rules and principles, are considered. However, the coincidence of formulations should not be misleading and serve as a basis for their uniform perception – behind the external identity there are deep differences at the level of principled approaches.

Therefore, the article emphasizes the importance of taking into account the principle of legal polycentrism analysing equality in law. It is a reflection of the non-universality of law and an objective condition for the impossibility of unambiguously defining its content. Legal polycentrism gives grounds to speak about the peculiarities of understanding the law of the respective civilization.

Key words: principle of equality, legal equality, inequality, principle of legal polycentrism, Cairo Declaration of Human Rights.

*Lex uno ore omnes alloquitur*¹.

Вступ. Рівність, на перший погляд, здається досить зрозумілою та простою теоретичною категорією, яку надзвичайно важко втілити в повній мірі та забезпечити на практиці. А в поєднанні з ідеями справедливості та свободи відбувається ускладнення їх змістів. Водночас у науці відсутнє єдине розуміння правової природи рівності й рівноправності. У Конституції України вжито обидва ці поняття. Однак їх варто розрізняти, оскільки люди нерівні за своїми психічними і фізичними можливостями, за рівнем життя, і в цих характеристиках право їх урівняти не зможе.

Рівність як правовий принцип неодноразово досліджувалася в роботах вітчизняних спеціалістів у різних галузях права. Зокрема, цей принцип вивчали Н.М. Оніщенко, П.М. Рабінович, Н.М. Пархоменко, С.П. Погребняк, І.К. Полховська, Т.М. Слинко, С.О. Сунегін, Т.І. Тарахонич, В.І. Тимошенко та ін.

Філософські засади рівності було закладено у вченнях Сократа, Платона, Аристотеля, Демокріта, Ф. Аквінського, Н. Макіавеллі, Т. Мора та ін. Як політико-правовий принцип рівність досліджувалася у працях філософів Просвітництва – Ф. Вольтера, Ш. Монтеск'є, Ж.-Ж. Руссо, а також

представників німецької класичної філософії – І. Канта і Г. Гегеля та ін. Нині класичні уявлення та ідеї мислителів давнини про рівність не лише не втратили своєї значущості, а потребують подальшого вивчення та врахування у правотворенні.

Виклад основного матеріалу дослідження. Аристотель розрізняв два підходи до справедливого: «справедливе як веління закону» та «справедливе стосовно іншої особи – як рівність» [1]. У період Просвітництва в ст. 1 Декларації прав людини та громадянина (1778) підкреслювалось, що «люди народжуються і залишаються вільними і рівними у правах; суспільні відмінності можуть ґрунтуватися лише на основі загальної користі» [2]. Пізніше цей принцип було втілено в Загальній декларації прав людини (1948): «Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах» [3]. Зазначені постулати навіть у XXI ст., на жаль, залишаються більше декларативними та формальними. Вони скоріше задають «планку», мету на досягнення якої варто спрямовувати зусилля, ідеал, до якої варто прагнути. Однак на практиці неповною мірою враховуються різноманітність життя, виховання, традицій, релігійних догм та їх основних носіїв – жителів Заходу та Сходу, Півдня і Півночі, чоловіків та жінок, дорослих та дітей, осіб з особливими потребами і т.д.

¹ Вислів римських юристів: «Закон говорить з усіма однаково».

Спробуємо детальніше розглянути правило «суворой рівності»: якщо одна особа має певну кількість благ, відповідно, інші мають отримати стільки ж. Це справедливо? З погляду логіки – так. А з погляду практичної реалізації – не життєздатно, оскільки, по-перше, тоді необхідно знищити всі неподільні блага, а по-друге, від природи (від народження) люди не рівні, ми народжуємось різними за зовнішністю, здоров'ям, силою, здібностями та талантами, в сім'ях із різним соціальним статусом, країнах із різним рівнем економіки і т.д. І зробити нас рівними у значенні «зрівняти в правах і доступі до соціальних благ», тобто рівноправними, здатен лише закон, однак не природа.

Саме тому поруч із категорією рівності завжди існує нерівність, яку не варто розуміти лише в негативному значенні. З погляду закону нерівність є тим інструментом, за допомогою якого можна надати привілеї певним категоріям осіб, наприклад з обмеженими можливостями, зрівнявши їх з особами без цих обмежень. Отже, нерівність дає змогу диференційовано компенсувати соціальні обмеження певних осіб.

Слід погодитися з О.Б. Гофманом, який зазначає: «Рівність та нерівність – це не ізольовані одне від одного поняття, перше не завжди забезпечує справедливість та злагоду, а друге не завжди несправедливість і конфлікт» [4, с. 25]. В.С. Нерсисянц наголошував на тому, що «рівність має раціональний, практичний зміст і можлива в соціальному світі лише як правова (формально-правова, формальна) рівність. Фактично ж рівність є ірраціональною» [5, с. 10].

Таким чином, говорячи про внутрішню структуру правової рівності, можна виділити 3 компоненти: 1) формально-юридичну рівність, що випливає із сутності права як загальної міри свободи та справедливості, встановленої державою таким чином, щоб свобода одного не обмежувала свободи іншого; 2) рівноправ'я, тобто рівність прав та обов'язків, рівні юридичні можливості суб'єктів для участі в соціальному житті; 3) рівний захист перед законом в аспекті реалізації механізмів рівноправ'я.

Повертаючись до потрібної конструкції прав людини «свобода – рівність – справедливість», варто обов'язково наголосити на її західному походженні. А тому подальший аналіз слід проводити з урахуванням принципу правового поліцентризму. Це керівна, основоположна ідея, що має найвищу імперативність у процесі пізнання предмета дослідження і спричиняє необхідність урахування природи права, що розглядається як соціокультурний феномен, зміст якого відрізняється в кожній із культур (цивілізацій) і має амбівалентну природу. Він є відображенням неуніверсальності права і об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту. Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості розуміння права відповідної цивілізації [6, с. 23].

Із вищезазначеного випливає, якщо в різних культурах та правових сім'ях відрізняються підходи до розуміння права, то, відповідно, різними будуть і підходи до розуміння рівності та рівноправ'я. Для прикладу, звернемось до ісламського права. Однією з його характерних рис є невизнання принципу формальної рівності прав людини. На відміну, наприклад, від романо-германської правової сім'ї, в якій цей принцип визнано як загальнолюдський, релігійні правові системи наділяють людину різним правовим статусом – правами й обов'язками – залежно від належності до певної групи, виділеної за різними критеріями (статевим, національним, релігійним або соціальним). Це сприймається як природний божественний порядок, оскільки кожна людина залежно від свого гендеру, соціального та фінансового стану має різний набір обов'язків перед Всевишнім.

Таким чином, відштовхуючись від однакових вихідних даних, що люди від природи різні за здібностями, фізичними можливостями, здоров'ям, народжуються в сім'ях

із різним соціальним та фінансовим станом, західна традиція намагається «виправити» цю ситуацію шляхом зрівняння всіх у правах та перед законом, а східна – не вважає правильним змінювати такий порядок, а ставить різні життєві завдання та обов'язки перед Богом залежно від належності особи до певної групи.

Як бачимо, з погляду принципу правового поліцентризму, правова рівність, свобода та справедливість виявляються не універсальними категоріями, причому не тільки для різних правових сімей, але й навіть у межах однієї правової сім'ї. У рішенні ЄСПЛ у справі «Інститут Отто-Премінгер проти Австрії» (Otto-Preminger-Institut v. Austria) наголошено: «Як і у випадку «моралі», неможливо виокремити єдину для усіх європейських держав концепцію про значення релігії в суспільстві; навіть у межах однієї держави подібні концепції можуть відрізнятися. З цієї причини неможливо знайти всеосяжне визначення того, що являє собою допустиме втручання у здійснення права на свободу вираження у випадках, коли такий вислів направлено проти релігійних почуттів інших людей. Тому певна свобода розсуду повинна бути залишена національній владі в оцінці існування і ступеня необхідності такого втручання. Однак такий розсуд не безмежний. Він супроводжується контролем на підставі Конвенції, межі якого змінюються залежно від обставин. У справах, подібних цій, коли було втручання у здійснення гарантованих свобод, контроль повинен бути суворим з огляду на важливість свобод, про які йдеться. Необхідність будь-якого обмеження має бути встановлена з усією переконливістю (заява № 13470/87, 20 вересня 1994 р.)» [6, с. 79].

З іншого боку, в багатьох конституціях та деклараціях (у тому числі і в Каїрській Декларації) втілені всі або більшість норм і принципів міжнародно-правових документів із прав людини. Однак збіг формулювань не має вводити в оману та слугувати підставою для їх однакового сприйняття – за зовнішньою ідентичністю ховаються глибокі розбіжності на рівні принципів підходів [7, с. 20].

Так, Каїрська декларація 1990 р. не містить посилань на будь-які інші акти про права людини. Особливу увагу варто звернути на ст. 24 Декларації, згідно з якою всі права і свободи, закріплені в ній, обмежені нормами ісламського шариату, а також на ст. 25, яка встановлює, що єдиним джерелом для тлумачення і роз'яснення деяких із статей Декларації є ісламський шариат. При цьому Декларація містить більшість прав і свобод, передбачених універсальними документами про права людини [8].

Звернемо увагу на таке право, як рівність осіб у шлюбі. Згідно зі ст. 6 Каїрської декларації прав людини, в ісламі жінка має рівність із чоловіком у людській гідності; вона несе права тією ж мірою, в якій несе обов'язки; вона користується цивільною правоздатністю, має самостійний майновий статус і має право на збереження свого імені і походження за народженням, а чоловік несе обов'язки із забезпечення сім'ї та відповідає за турботу про неї [9]. Таким чином, незважаючи на те, що Декларація визнає рівність жінки в гідності, вона не говорить про повну рівність і не передбачає рівності ролей чоловіка та жінки, особливо в сім'ї. Тим часом, як зазначив Комітет із прав людини, «рівність у шлюбі має на увазі, що чоловік і дружина мають порівну ділити відповідальність і права в сім'ї».

У західній традиції переважають інші підходи до наповнення принципу рівності змістом. Ст. 7 Загальної декларації прав людини проголошує, що усі люди рівні перед законом і мають право, без будь-якого розрізнення, на рівний захист законом, а також ст. 26 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права, яка закріплює, що всі люди є рівними перед законом і мають право без будь-якої дискримінації на рівний захист закону. Цим встановлюється формальна рівність перед законом незалежно від багатьох підстав: статі, раси, національності, мови, походження тощо.

Рівність перед законом закріплено у ч. 1 ст. 24 Конституції України: «Громадяни мають рівні конституційні права і свободи та є рівними перед законом». У вказаній статті закріплюється рівність перед законом лише громадян України. При цьому ст. 21 Основного Закону проголошує «усі люди є вільні і рівні у своїй гідності та правах», а у ст. 26 Основного Закону України встановлено, що іноземці та особи без громадянства, що перебувають в Україні на законних підставах, користуються тими самими правами і свободами, а також несуть такі самі обов'язки, як і громадяни України, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України. Отже, можна зробити висновок, що в Україні перед законом рівні не лише громадяни, а й іноземці та особи без громадянства, за винятками, встановленими Конституцією, законами чи міжнародними договорами України.

Цікавою є думка О.П. Васильченко, яка наголошує, що в теорії права існує підхід, відповідно до якого закон можна розглядати у вузькому розумінні як акт органу законодавчої влади, і в широкому – як будь-який нормативно-правовий акт держави, що насправді охоплює собою поняття законодавства. Однак доцільно вважати, що рівність передбачається перед «законом» як поняттям у широкому розумінні, що охоплює всі джерела офіційно встановленого права, оскільки всі вони являють собою офіційно-владні веління нормативного характеру, наділені законною (примусово-обов'язковою) силою. В іншому випадку можна дійти софістичного висновку про те, що перед законом у вузькому змісті всі рівні, а перед указом Президента України або постановою Кабінету Міністрів України – ні [10, с. 16–17].

Рівність громадян перед законом полягає в тому, що стосовно кожної особи закон повинен мати однакову силу впливу. Перед законом всі мають бути рівні, всі права мають бути однаково захищеними. Закон однаковий для всіх, йому байдужі фактично відмінності між людьми. Від нього вимагаються неупередженість і повна сліпота до соціальних відмінностей людей у сфері права. Тобто закон не має зважати на індивідуальні особливості людей.

Висновки. Таким чином, рівність є однією з важливих та фундаментальних конституційних вимог, що входить до концепції верховенства права, вона є умовою розбудови та функціонування правової держави. З іншого боку, рівність як правовий принцип є комплексним поняттям, яке в поєднанні з ідеями справедливості та свободи утворює складну конструкцію. Поруч із категорією рівності завжди є нерівність, яку не варто розуміти лише в негативному значенні. З погляду закону нерівність є інструментом, за допомогою якого можна диференційовано компенсувати соціальні обмеження певних осіб.

З огляду на відмінності романо-германської правової сім'ї, в якій принцип рівності визнано як загальнолюдський, та релігійних правових систем, які наділяють людину різним правовим статусом залежно від належності до певної групи, наголошується на важливості врахування принципу правового поліцентризму в процесі розгляду рівності в праві. Принцип правового поліцентризму є відображенням неуніверсальності права і об'єктивною умовою неможливості однозначного визначення його змісту. Правовий поліцентризм дає підстави говорити про особливості розуміння права відповідної цивілізації, а разом із цим і різні підходи до принципу рівності та рівноправ'я осіб.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аристотель. Сочинения: В 4-х т. Т. 4 / Пер. с древнегреч.; Общ. ред. А. И. Доватура. М.: Мысль, 1983. 830 с. (Филос. наследие. Т. 90). С. 295-374. URL: <http://filosof.historic.ru/books/item/f00/s00/z0000351/> (дата звернення: 16.04.2021).
2. Оригінальний текст Декларації прав людини і громадянина французькою. URL: <http://www.textes.justice.gouv.fr/textes-fondamentaux-10086/droits-de-lhomme-et-libertes-fondamentales-10087/declaration-des-droits-de-lhomme-et-du-citoyen-de-1789-10116.html> (дата звернення: 20.04.2021).
3. Загальна декларація прав людини. Прийнята і проголошена резолюцією 217 А (III) Генеральної Асамблеї ООН від 10 грудня 1948 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 18.04.2021).
4. Гофман А.Б. Мартовские тезисы о социологии равенства и неравенства. *Социс*. 2001. № 7. С. 24–25.
5. Нерсисянц В.С. Право как необходимая форма равенства, свободы и справедливости. *Социологические исследования*. 2001. № 10. С. 3–15. URL: http://files.school-collection.edu.ru/dlrstore/1e21b5ed-e156-4303-b153-859c5f4230bb/%5BCIVSal1011_11-02-19-U2%5D_%5BTS_219%5D.html (дата звернення: 21.04.2021).
6. Юридична компаративістика : навч. посібник / А.М. Кучук, Ю.С. Завгородня. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2018. 112 с.
7. Лушников А.М., Лушникова М.В., Тарусина Н.Н. Гендер в законе : монографія. Москва : Проспект, 2021. 480 с.
8. Калмикова О.С. Сучасна ісламська концепція прав людини. *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права* : збірник наук. ст. за матеріалами II Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М.В. Яновського і В.С. Семенова. Харків, 21 листоп. 2016 р. : у 2 ч. Харків, 2016. Ч. 1. С. 87–93.
9. Каирская декларация прав человека в исламе. URL: <http://cidct.org.ua/kairskaya-deklaratsiya-o-pravah-cheloveka-v-islame-3/> (дата звернення: 16.04.2021).
10. Васильченко О.П. Рівність громадян перед законом як засада демократичної, правової держави. *Право і громадянське суспільство*. 2014. № 1. С. 15–26.

ПРИНЦИП ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА: ВІД ВИТОКІВ ДО СУЧАСНОСТІ

PRINCIPLE OF THE RULE OF LAW: ORIGINS TO THE PRESENT

Гончар Ю.В., студентка IV курсу

Інститут права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті здійснено ґрунтовний аналіз змісту основоположного принципу «верховенства права» в правовій системі України. З'ясовано історичний екскурс виникнення поняття «верховенство права» з часів античності до сучасності. Відзначено, що в сучасній науці відсутнє однозначне тлумачення цієї дефініції у вітчизняній юридичній спільноті. Досліджено українські реалії та проблеми реалізації принципу «верховенства права» у взаємодії з європейською юридичною спільнотою.

Значна увага приділена дослідженню доктринального розуміння верховенства права, розкрито його зміст, складові елементи, аспекти застосування. На основі аналізу ідей відомих теоретиків права обґрунтовано власне розуміння верховенства права як вимоги сучасного законодавства та принципу верховенства права. З'ясовано його співвідношення з принципом верховенства Конституції. Особлива увага приділена аналізу трьох основних підходів до сучасного тлумачення змісту принципу права: формального, що полягає у нормативному закріпленні верховенства права та критеріїв його дотримання; матеріально-правового, що визначає ступінь відображення верховенства права в національній правовій системі, та функціонального, що визначає ступінь ефективності принципу верховенства права в межах національного права та правової системи.

Досліджено особливості нормативного закріплення принципу верховенства права у міжнародно-правових документах. З'ясовано закріплення досліджуваного принципу у національному законодавстві та законодавчу імплементацію механізму реалізації рішень ЄСПЛ, які містять важливі засади щодо розуміння принципу верховенства права та його подальшого ефективного застосування.

Проаналізовано положення документів Венеціанської комісії щодо розуміння англійського вислову "the Rule of Law", досліджено діяльність Європейського Суду з прав людини у забезпеченні принципу верховенства права в процесі захисту прав і свобод людини.

Наголошується, що певна наукова полеміка у розумінні принципу верховенства права та його англійського аналогу не сприяє його впровадженню у контексті рішень Європейського Суду з прав людини у вітчизняну правозастосовну практику та підвищенню рівня ефективності виконання рішень цього органу в Україні.

Зроблено висновок, що допоки українська правнича доктрина не долучиться до європейського розуміння цього питання, українська правнича практика не буде використовувати базових європейських стандартів.

Ключові слова: верховенство права, природні права людини, демократія, справедливість, законодавство.

The article provides a thorough analysis of the content of the fundamental principle of "rule of law" in the legal system of Ukraine. The historical digression of the concept of "rule of law" from antiquity to the present is clarified. It is noted that in modern science there is no unambiguous interpretation of this definition in the domestic legal community. The Ukrainian realities and problems of realization of the principle of "rule of law" in interaction with the European legal community are investigated.

Considerable attention is paid to the study of the doctrinal understanding of the rule of law, its content, constituent elements, aspects of application are revealed. Based on the analysis of the ideas of well-known theorists of law, their own understanding of the rule of law as a requirement of modern legislation and the principle of the rule of law is substantiated. Its relationship with the principle of the supremacy of the Constitution has been clarified. Particular attention is paid to the analysis of three main approaches to the modern interpretation of the content of the principle of law: formal, which consists in the normative consolidation of the rule of law and the criteria for its observance; substantive, which determines the degree of reflection of the rule of law in the national legal system and functional, which determines the degree of effectiveness of the principle of the rule of law within national law and the legal system.

The peculiarities of normative consolidation of the principle of the rule of law in international legal documents are studied. The consolidation of the studied principle in the national legislation and the legislative implementation of the mechanism for the implementation of ECtHR decisions, which contain important principles for understanding the principle of the rule of law and its further effective application, have been clarified.

The provisions of the documents of the Venice Commission on the understanding of the English phrase "the Rule of Law" are analyzed, the activity of the European Court of Human Rights in ensuring the principle of the rule of law in the process of protection of human rights and freedoms is studied.

It is emphasized that some scientific controversy in understanding the rule of law and its English-language counterpart does not contribute to its implementation in the context of the European Court of Human Rights in domestic law enforcement practice and increase the effectiveness of enforcement of decisions in Ukraine.

It is concluded that until the Ukrainian legal doctrine joins the European understanding of this issue, Ukrainian legal practice will not use basic European standards.

Key words: rule of law, natural human rights, democracy, justice, legislation.

У період творення та становлення України як незалежної держави принцип верховенства прав і свобод людини є надзвичайно важливим і актуальним, оскільки є провідним і пріоритетним під час формування правової системи, яка повинна відповідати світовим стандартам і передусім стандартам Європейської спільноти, адже незворотність європейського та євроатлантичного курсу Україна закріпила конституційно [1]

Метою роботи є теоретичний аналіз теоретичних положень чинних нормативно-правових актів, з'ясування змісту, сутності, основних складників верховенства права, а також оцінка сучасних доктринальних підходів стосовно визначення цього принципу, його розуміння та реалізації в Україні.

Поняття «верховенство права» («Rule of Law») поряд з поняттями «демократія» та «права людини» – це три

базисних принципи, на яких вибудована Рада Європи. У подальшому це поняття зазначено у преамбулі Європейської Конвенції з прав людини [2], а також закріплено у низці міжнародних документів, ратифікованих значною кількістю світових держав щодо прав і свобод людини.

Частина перша Статті 8 Конституції України підтверджує визнання і дію принципу верховенства права [1]. Хоча відсутність сталої інтерпретації принципу верховенства права не сприяє його активному використанню практикуючими юристами, адвокатами та суддями при розгляді справ щодо захисту прав і свобод людини в Україні.

Зважаючи на це, важливо дослідити процес зародження цього принципу, його формування в історичному аспекті та напрями його застосування і розвитку. Означений принцип досліджений у наукових працях правників, зокрема

Б.І. Андрусишина, С.В. Бобровник, Ю.О. Волошина, С.П. Головатого, М.І. Козюбри, А.М. Колодія, В.В. Копейчикова, Н.М. Крестовської, Л.О.Макаренко, Л.С. Мамут, С.І. Максимова, О.Г.Орловської, Р. О. Падалка, П.М. Рабіновича, О.Ф. Скакун, А.О. Селіванова, В.Ф. Сіренка, В. В. Сухоноса, В.І. Тимошенко, Д.О. Філіпенка, Ю.С. Шемшученка, С.В. Шевчука.

Насамперед визначимо етимологічне походження категорії «принцип». Вона має походження від латинського «*principium*», тобто основне, найзагальніше правило, положення, засоби, які встановлюють природу і соціальну сутність явища, його спрямованість і характерні властивості.

В історичному аспекті можливо виокремити наступні етапи зародження та еволюції дослідження принципу:

I етап – античні часи, в межах якого відбувається виникнення ідеї верховенства права, «ідеальної держави», «панування закону» як результат наукових напрацювань Платона, Аристотеля, Цицерона.

II етап складають ідеї вчених Раннього Середньовіччя (V–X ст.) та пов'язуються із тим, що кожна вільна людина має обрати собі сеньйора, який буде її заступником. Найбільшого розвитку уявлення про таке суспільство отримало розвиток у Франції (IX–XIII ст.). Главенство королівської влади, закону та слова стали основою сеньйоральної монархії, в якій васали мали обов'язок визнавати верховенство сеньйора. Верховним сеньйором був сам король, який на основі інституту васальних договорів забезпечував опіку.

III етап складає епоха Просвітництва, де ідеї Т. Пейна, Д. Дідро про природне право у поєднанні з роботами Ш.Л. Монтеск'є, Ж.Ж.Руссо, які досліджували питання походження держави, суспільного договору, народного договору отримали вияв у формуванні основ класичної доктрини верховенства права.

IV етап пов'язується з доктринальним тлумаченням принципу верховенства права, що вперше сформулював в кінці XIX ст. – початку XX ст. відомий англійський вчений конституціоналіст Альберт Венн Дайсі у науковому дослідженні «Вступ до науки конституційного права». Вчений обґрунтував ідею про два принципи, що складають основу Британської Конституції. Перший із них є базовим та передбачає незалежність (верховенство) парламенту, характеризуючи представницьку владу основою демократичної держави. Іншим принципом стало верховенство права, що певною мірою стримує перший і, таким чином, запобігає теоретично безмежній владі держави над індивідом [3, р. 102]. Принцип верховенства права усталився в результаті розвитку звичаєвого права і основу верховенства права, на думку А. Дайсі, складають три стрижневі ідеї [3]:

– «жодна людина не може зазнавати покарання, окрім як у випадку явного порушення закону», який повинен забезпечувати визначеність та передбачуваність, щоб ним могли керуватись громадяни при вчиненні дій чи веденні справ і який не повинен дозволяти карати особу ретроспективно;

– «жодна людина не перебуває понад законом» та «усі суспільні класи є загально підпорядкованими єдиним приписам права»;

– верховенство права повинно впливати не із писаної конституції, а із «звичаєвого (витвореного суддями) права» [3, р. 114].

V етап починається з середини XX ст., коли принцип верховенства права одержав широке міжнародно-правове визнання. Вимоги щодо його утвердження були закріплені у багатьох міжнародних правочинах провідних міжнародних (наприклад, ООН) та європейських регіональних організацій (ЄС, РЄ, ОБСЄ та ін.).

VI етап пов'язується із XXI століттям та обговоренням і тлумаченням сучасними правниками розуміння сутності верховенства права. Одночасно з ухваленням Конститу-

ції України 1996 року в український юридичний простір та в українське правниче середовище було запроваджено конструкцію «верховенство права» як мовний еквівалент англійського «*the rule of law*» [4].

У сучасній теоретичній юридичній науці існує багато публікацій, основною метою яких є визначення змісту та основних властивостей принципу верховенства права. Спробуємо проаналізувати погляди провідних вчених з метою обґрунтування власного бачення досліджуваної категорії.

На думку А.М. Колодія, принцип «верховенства права» існує поза нормативно-правовими актами у вигляді наявних у суспільстві справедливості, рівності, свободи. Тобто принцип «верховенства права» знаходиться у правосвідомості та є загальнозрозумілим і вважається таким, що використовується для саморегулювання суспільних відносин. Вчений зазначає, що діяльність державних органів повинна базуватись на принципах природного права, тобто держава залежна від права, яке обмежує державну владу [5, с. 44]. Своєю чергою О.В. Скрипнюк відзначає, що верховенство права – це ознака правової держави, яка забезпечує дотримання основних прав і свобод людини. Тобто державна влада гарантує реалізацію ідей верховенства, адже без нього розвиток сильної країни неможливий [6, с. 139]. На думку П.М. Рабіновича, принцип «верховенства права» не слід уподібнювати до принципу «верховенства закону», адже панування закону означає верховенство правового закону, але не те, що всі закони є правовими. Вчений також зазначає, що принцип «верховенства закону» повинен відповідати праву, і це є основним показником правової держави.

П.М. Рабінович вважає, що явище, яке виникає поза державою, має загальносоціальну природу. Тому загальносоціальне (природне) право – це відповідні можливості учасників суспільного життя, які об'єктивно визначаються рівнем розвитку суспільства і для всіх однойменних суб'єктів мають бути загальними та рівними. Відповідно до носіїв цих можливостей вчений виокремлює права людини та людства, права соціальних спільнот [7, с. 141–142]. Своєю чергою С.П. Головатий дотримується твердження, що людина – істота природна, яка з'являється на світ з уже наявними правами та свободами, які їй ніхто не надає, і тому ніхто не може її цього позбавити. Таким чином, принцип «верховенства права» містить у собі ідею природного права [8, с. 85]. На розвиток цих ідей М.І. Козюбра ототожнює принцип «верховенства права» з основоположними, фундаментальними правами та свободами. Тобто автор інтерпретує ідеї верховенства як справедливість, гуманізм, добро та свободу [9, с. 35]. Цю ідею підтримує і Ю.С. Шемшученко, зазначаючи, що принцип верховенства права – це принцип, головним чином, природного права, в якому зосереджено сукупність духовних, ідеальних справедливих уявлень про право. Проте в результаті державної правотворчої діяльності в державі реально діє позитивне право, яке сформульоване в законах та інших його джерелах [10, с. 3, 76].

На думку С.І. Максимова, під природним правом зазвичай маються на увазі ідеальні першооснови права. Поняття «природне право» покликане виявити глибинну сутність права, а його «ідеальність» виявляється в тому, що воно існує у свідомості (правосвідомості). Природне право визначає базові ідеї, на основі яких здійснюється правотворча діяльність і забезпечується їх критична оцінка для того, щоб людина не стала заручником установленого «позитивного» правопорядку [11, с. 376].

Глобалізаційні процеси реформування світового правопорядку, європейські інтеграційні процеси значним чином сприяли трансформації доктринальних позицій, обґрунтованих А. Дайсі. В працях таких відомих західних вчених, як Ж. Зіллер, Ж. Раз, Р. Феллон, М. Фромонт, Ю. Шварце, отримало формулювання сучасного доктринального розуміння

принципу верховенства права. Західні дослідники чітко розмежовують зміст принципу верховенства права і принцип законності, виокремлюючи три основні підходи до сучасного тлумачення змісту принципу верховенства права: формальний, матеріально-правовий, функціональний.

За формального підходу проводиться аналіз нормативного відображення принципу верховенства права як такого та аналіз конкретних критеріїв дотримання принципу верховенства права. У європейських країнах такими критеріями вважаються формальна незалежність та неупередженість судової гілки влади; офіційно встановлений порядок прийняття законів; відсутність персоніфікованих законів, які стосуються тільки окремих груп, класів, осіб; незворотність сили законів; наявність судового нагляду за діяльністю різноманітних урядових структур.

Матеріально-правовий підхід базується на моральних уявленнях про відповідну правову систему та оцінці верховенства права співвідносно до того, наскільки повно за отриманими оцінками правова система досягає цього ідеалу. Так, відомий європейський дослідник Р. Феллон вважає, що в більшості сучасних теорій верховенства права відображено три основні цінності та цілі, яким має слугувати верховенство права:

1) захист від анархії та війни усіх проти усіх;

2) передбачуваність, що забезпечує можливість планувати діяльність суб'єктів права з розумною впевненістю, що вони можуть спрогнозувати відповідні наслідки від вчинення різних дій (передусім це дії органів публічної влади);

3) відповідні гарантії від свавілля державних чиновників. Функціональний підхід при визначенні верховенства права має спільні риси з матеріально-правовим визначенням, але основну увагу приділяє ефективності права та правової системи загалом – наприклад, це заборона прийняття урядових рішень на власний розсуд та забезпечення передбачуваності правових рішень [12].

Не претендуючи на істину в останній інстанції та виходячи із здійсненого аналізу існуючих уявлень про верховенство права, ми зробимо спробу обґрунтувати власне бачення цього принципу. Вважаємо, що це заснована на доктринальних уявленнях вимога організації та здійснення державної влади і функціонування правової системи щодо дотримання та гарантування природних прав людини, недопущення свавілля державної влади та панування права в системі існуючих засобів соціального регулювання.

У процесі розвитку європейської правової думки виникає потреба конкретизації та уніфікації роз'яснення змісту концепції та принципу верховенства права, що означає виокремлення суттєвих компонентів означеного принципу з врахуванням судових рішень Європейського суду з прав людини. Цю інституцію можна вважати однією із найбільш незаангажованих судових інстанцій. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ) трактує верховенство права як базовий принцип, що проходить червоною ниткою через увесь зміст Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини. На основі цієї Конвенції базується правопорядок країн учасниць цієї Конвенції. І навіть періоди надзвичайного стану чи воєнних дій не можуть слугувати виправданням порушення норм Конвенції.

Тобто принцип верховенства права вже не локалізується рамками національної правової системи. Провідні європейські організації – ЄС, РЄ, ОБСЄ – законодавчо закріпили принцип верховенства права як засадничий, основоположний в правовому полі цих організацій. Формальне закріплення принципів гарантування основних свобод, демократії, поваги до прав людини, а також верховенства права знайшло відображення у ст. 6 (колишній статті F) «Договору про Європейський Союз» [13, с. 182]. Закріплене верховенство права ЄС передбачає, що перевага права ЄС над колізійною національною нормою забезпечується однаково й ефективно, а також прямо і безпосередньо [14, с. 108].

У наступність радянського ідеологічного трактування принципу верховенства права, не визнавалось верховенства чи пріоритетності прав людини над інтересами держави і в офіційних перекладах текстів європейських документів (зокрема Статуту Ради Європи 1949 р. та Європейської конвенції з людських прав 1950 р.) українськими аналогами англійського “the rule of law” були: «сила закону», «влада закону», «верховенство закону».

Для більш однозначного і правильного трактування юридичного поняття “the rule of law” Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія) в березні 2011 року схвалила доповідь «Верховенство права» [15], в якій надано чітке розуміння поняття «верховенство права», використовуючи яке міжнародні організації, а також національні та міжнародні суди могли б трактувати і застосовувати цю базову цінність.

Принцип верховенство права “the rule of law” разом з поняттями «демократія» та «права людини» (статут Ради Європи (ETS No. 001), зокрема його Преамбула та ст. 3.) проголошено як три базових принципи, на яких була започаткована Рада Європи. Надалі це поняття знайшло своє відображення у преамбулі Європейської Конвенції з прав людини та ст. 3 Статуту РЄ, де визначено, що «Усі члени Ради... визнають принцип верховенства права» [16].

С.П. Головатий вважає, що значним успіхом на шляху до досягнення мети, визначеної Венеційською Комісією, слід вважати констатацію в параграфі 41 Доповіді CDL-AD (2011) 003 gev того факту, що на час укладання цього документа вже став можливим консенсус стосовно шести «безумовних складників» поняття «the rule of law»: законність, юридична визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, заборона дискримінації та рівність перед законом [4, с. 71].

З метою подальшого роз'яснення цього питання Венеційська Комісія в своєму документі «Мірило правовладдя» (CDL-AD(2016)007), який є нерозривним продовженням першого, – однозначно вказала, що застосоване англійське “law” охоплює не лише міжнародне право, національні конституції, статутне право та підзаконні акти, а в тому числі – суддетворене право (judge made law), в якості норм загального права, які мають зобов'язальну природу. Підписана від імені України 9 листопада 1995 року «Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод», була ратифікована відповідно до Закону України від 17 липня 1997 року «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, першого протоколу та протоколів № 2, 4, 7 та 11 до Конвенції», який набрав законної сили 03 серпня 1997 року [17]. Таким чином, наша держава долучилася до цього визначального основоположного документа, скерованого на захист прав та свобод людини аж через 50 років після його ухвалення. Єдиним органом, метою створення якого є забезпечення дотримання прав та свобод, зафіксованих у Конвенції та в додатково прийнятих протоколах до неї, є ЄСПЛ. Забезпечення виконання рішень ЄСПЛ в Україні здійснюється на підставі Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 23.02.2006 № 3477-IV [18]. Цим законом, зокрема, упроваджено використання рішень ЄСПЛ у судовій практиці України. Постанова Кабінету Міністрів України «Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського Суду з прав людини» від 31 травня 2006 р. № 784 узакоňuje Положення про Урядового уповноваженого у справах ЄСПЛ [19].

Отже, українське законодавство імплементувало механізм реалізації рішень ЄСПЛ, які містять важливі засади щодо розуміння принципу верховенства права і його подальшого ефективного застосування. Проте, як свідчить практика, суттєвий вплив на застосування таких рішень в Україні має ефективність судової та виконавчої гілок

влади, зменшення рівня корупційного складника в них, а також рівень правової свідомості та політичної культури у державі.

Для пришвидшення впровадження принципу верховенства права у контексті рішень ЄСПЛ у вітчизняну правозастосовну практику та підвищення рівня ефективності виконання цих рішень в Україні А.А. Пухтецька пропонує систематизувати рішення ЄСПЛ, що містять трактування верховенства права. Враховуючи те, що в одній справі чи рішенні, у яких є посилання на концепцію або принцип верховенства права, може мати місце наявність декількох ознак чи суттєвих складників принципу верховенства права відповідно до їх трактування, сформованого судовою практикою ЄСПЛ вчена пропонує класифікувати їх на:

1) рішення ЄСПЛ, які мають посилання на зміст, юридичне розуміння концепції принципу верховенства права в узагальненому значенні;

2) рішення ЄСПЛ, де є вимоги щодо якості закону, а саме щодо законного обмеження реалізації прав та свобод людини;

3) рішення ЄСПЛ щодо різних аспектів безперешкодного доступу до суду та справедливого в подальшому судового розгляду;

4) рішення ЄСПЛ, у яких визначені межі дискреційних повноважень та вимоги щодо обмеження самоуправства органів публічної влади;

5) рішення ЄСПЛ, де є вимоги щодо здійснення ефективного контролю при реалізації прав і базових свобод людини, які гарантуються Конвенцією. Слід відзначити, що така класифікація на групи не є повною та остаточною, проте дає можливість оцінити найбільш поширені аспекти трактування та застосування принципу верховенства права в діяльності ЄСПЛ [23, с. 69].

С.П. Головатий здійснив огляд науково-практичних коментарів актів законодавства періоду 2005–2018 років і вважає, що від часу впровадження категорії “the rule of law” на конституційному рівні шляхом термінологічного перекладу на українську мову як «принцип верховенства права» пройшло понад 20 років. Проведений огляд науково-практичних коментарів свідчить, що між практикою Венеційської Комісії та українською конституційною й науковою доктринами є істотна розбіжність у тлумаченні змісту цього принципу [4, с. 70]. Основний вплив на формування такої розбіжності й дотеперішню її наявність має рішення Конституційного Суду № 15-рп/2004 від 2 листопада 2004 року, в якому вказано, що «верховенство права – це панування права в суспільстві». Така тривала й глибока відірваність української правничої науки і практики від європейської становить реальну перешкоду на шляху утвердження в Україні правовладдя як європейської цінності.

Надалі в своїй роботі, в результаті аналізу змісту поняття «верховенства права» в наукових публікаціях 2016–2019 років, вчений робить висновок, що необхідна: «потреба нового погляду на відповідність українського перекладу тексту Доповіді Венеційської Комісії «Про правовладдя» (2011 р.) текстові цього документа мовою оригіналу (англійською). На його думку, першопричина такого незадовільного стану полягає в несполучності двох підходів до розуміння й пояснювання донедавна стороннього нашій правовій культурі явища, яке світ пізнає та розуміє

та через англійське “the rule of law” як ідіому. Очевидним є те, що запроваджене в конституції українською «верховенство права» як еквівалент англійського “the rule of law” так і не стало повномасштабним заміником англійського вислову. Тобто українське «верховенство права» й досі «не працює». С.П. Головатий має на увазі, що ідеться про недосконалу двослівну лінгвістичну конструкцію, а не про принципи, інститути та процедури, які є головними для захисту людини від свавілля держави. Дослідження цього питання з боку правничої теоретичної думки та практичного досвіду Європи констатує що англійське “the rule of law” – як це впливає з усіх доктринальних і нормативних джерел, з рішень ЄСПЛ, з обох документів Венеційської Комісії щодо цього) – є ідіома, яка ніякою не вказує, що тут ідеться про панівне становище права щодо когось (чогось) [4, с. 81].

Отже, допоки українська правничка наука не долучиться до європейського розуміння цього питання, а українська правничка практика не буде використовувати базованих у такому підході європейських стандартів, не має змоги вести мову про гідну перспективу ефективності частини першої статті 8 Конституції України, що його виражено формулою: «В Україні визнається і діє принцип верховенства права».

В результаті дослідження вважаємо за можливе зробити наступні висновки:

1. Визнання принципу верховенства права є важливим надбанням України як демократичної держави. Він спрямований на досягнення гідного життя людини, але для цього принцип має виконуватись всіма гілками влади. Україна взяла на себе зобов’язання гарантувати кожній людині, що перебуває під її юрисдикцією, права і свободи, зафіксовані Європейською конвенцією із прав людини. Україна також визнала повноваження Європейського суду із прав людини щодо захисту дотримання цього зобов’язання національними юрисдикціями й права своїх громадян звертатися до ЄСПЛ зі скаргами у випадку, якщо, на їхню думку, держава порушує відносно них положення конвенції.

2. Принцип верховенства права в українській конституційно- та адміністративно-правовій сфері тлумачиться здебільшого через призму узаконення та реалізації прав та свобод людини.

3. Рішення ЄСПЛ повинні стати важливим джерелом українського права і безпосередньо впливати на формування та розбудову правової системи. Аналіз рішень ЄСПЛ позитивно впливає на визначення основних напрямів посилення верховенства права у державі, сприяє інноваційному й удосконаленню кожного окремого складника цього принципу та усіх їх у сукупності.

4. Необхідно підкреслити, що принцип верховенства права має сенс лише у тому разі, якщо право сприймається як соціальний феномен. В цьому разі правова культура стає необхідною умовою формування правової держави, громадянського суспільства, реалізації суспільно-правової реформи, узаконення верховенства права в усіх сферах соціального буття.

5. Верховенство права і права людини є двома аспектами одного і того ж принципу – свободи жити в гідних людини умовах. Внаслідок цього верховенство права і права людини нерозривно пов’язані між собою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 1996. № 30. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80>. 141 с. (дата звернення 31.03.2021 р.)
2. Конвенція про захист прав та основоположних свобод людини : Міжнародний документ від 04.11.1950. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_004. (дата звернення 31.03.2021 р.)
3. Dicey A.V. Introduction to the Study of the Law of the Constitution. Indianapolis : *Liberty Classics*, 1982.
4. Головатий С.П. «Верховенство права «не працює» коментар до тексту документа Венеційської комісії «Доповідь про правовладдя». *Право України*. 2019. №11. С. 39–82.
5. Колодій А.М. Принципи права: генеза, поняття, класифікація та реалізація. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 42–46.

6. Скрипнюк О.В. Соціальна, правова держава в Україні: проблеми теорії і практики: до 10- річчя незалежності України : монографія. Київ : Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України, 2000. 600 с.
7. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави : навч. посіб. Львів : Край, 2007. с. 341–342.
8. Головатий С.П. Верховенство права: юридичний принцип, який в Україні офіційно визнано та який має діяти. *Українське право*. 2006. №1. С. 85–90.
9. Козюбра М.І. Принцип верховенства права та вітчизняна теорія і практика. *Верховенство права: питання теорії та практики* : зб. матеріалів доп. учасн. Міжнародної науково-практичної конференції. 2006. № 1. 112 с.
10. Шемшученко Ю.С. Вибране. Київ : ТОВ «Вид-во «Юридична думка», 2005. 529 с.
11. Максимов С.І. Лекція професора С. Максимова : Вступ до курсу «Філософія права». *Право України*. 2011. №8. С. 373–386.
12. Different approaches to the definition of the Rule of Law. URL: <http://www.revision-notes.co.uk> (дата звернення 31.03.2021 р.).
13. Опришко В.Ф. Право Європейського Союзу. Загальна частина : підручник для студ. вищих навч. закладів / відп. ред. В.Ф. Опришко. Київ : КНЕУ, 2002. 460 с.
14. Грицяк І.А. Право та інституції Європейського Союзу : навч. посіб. Київ : К.І.С., 2004. 260 с.
15. Report on the Rule of Law: Adopted by the Venice Commission at its 86th plenary session, Venice, 25–26 March 2011. Study №512/2009.
16. Статут Ради Європи, підписаний у Лондоні 5 травня 1949 р. URL: <http://www.coe.int> (дата звернення 31.03.2021 р.).
17. Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: Закон України від 17 липня 1997 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1997. № 40.
18. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини: Закон України від 23.02.2006 № 3477-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2006. № 30. Ст. 260.
19. Про заходи щодо реалізації Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»: Постанова Кабінету Міністрів України від 31 трав. 2006 р. № 784. URL: <http://zakon. rada. gov. ua/laws/show/784-2006-p>. (дата звернення 31.03.2021 р.)
20. Пухтецька А.А. Формування вимог принципу верховенства права західною правовою традицією. *Вісник вищої ради юстиції*, 2010. №3. С. 64–72.

МОЛОДІЖНІ РУХИ ПРОТИ ДИСКРИМІНАЦІЇ ЗА ВІКОМ

YOUTH MOVEMENTS AGAINST AGE DISCRIMINATION

Грень Н.М., к.ю.н., суддя

Львівський окружний адміністративний суд

Стаття присвячена аналізу діяльності молодіжних рухів у сфері недопущення дискримінації за віковою ознакою. Молодіжні рухи активізували увагу щодо належної правової політики у сфері рівності за віком. Розглянуто, що прояви дискримінації молодіжні рухи вбачають у наступних сферах. У сфері освіти через підняття віку обов'язкового навчання від 16 до 18 років. У сфері прийняття політичних рішень через мотивування, що вік, який виставлятиметься виборцям і кандидатам у місцеві, регіональні, національні та європейські вибори та референдуми, повинен бути зменшений до 16 років.

Для реалізації права голосування та права бути обраним з 16 запропоновано наступні необхідні гарантії: повинна бути вимога щодо представництва молоді на всіх рівнях управління: в місцевих та регіональних радах, у національних зборах, у палати парламенту та будь-який інший законотворчий орган по всій території країни; повинні бути законодавчі вимоги щодо формування нової та корегування наявної молодіжної політики та вжиття найбільших практичних заходів, щоб уникнути непропорційних негативних наслідків для дітей та молоді; повинна бути вимога до кожної законопроектної та нормотворчої ініціативи, яка має вплив на осіб молодшої вікової групи, консультація з молодіжними організаціями та представниками.

Дискримінація у сфері оплати праці. Держава закріплює ставки оплати праці, які прямо стосуються дискримінації за віком, передбачаючи нижчу ставку для молодих працівників та учнів.

Дискримінація у сфері транспортної доступності. Рух молодих людей вважає, що доступ до транспорту має вирішальне значення для можливостей. Відносяться такі механізми доступності, як визнання посвідчення особи, що дозволяє молодим людям вимагати знижки та функціонування безкоштовної національної транспортної картки.

Дискримінація у сфері гендеру та віку стосується можливості дітей та молоді відстоювати власну гендерну ідентичність. В школах не запропоновано нейтрального варіанту можливості реалізації права на стать та гендер.

Ключові слова: вік, дискримінація, рівність, молодіжні рухи, голосування у 16 років.

The article is devoted to the analysis of the activity of youth movements in the field of non-discrimination on the basis of age. Youth movements are stepping up their attention to proper legal policies in the field of age equality. It is considered that youth movements see manifestations of discrimination in the following spheres. In the field of education due to raising the age of compulsory education from 16 to 18 years. In the field of political decision-making, on the grounds that the age to be set for voters and candidates in local, regional, national and European elections and referendums should be reduced to 16 years.

To exercise the right to vote and to be elected from 16, the following necessary guarantees are proposed: there should be a requirement for youth representation at all levels of government: in local and regional councils, national assemblies, parliaments and any other legislative body throughout the country; there should be legal requirements for the formation of new and adjustment of existing youth policy and the adoption of the greatest practical measures to avoid disproportionate negative consequences for children and youth; there should be a requirement for every legislative and rule-making initiative that affects young people to have real, accountable consultation with youth organizations and representatives.

Discrimination in the field of remuneration. The state sets wage rates that are directly related to age discrimination, providing a lower rate for young workers and students.

Discrimination in the field of transport accessibility. The young people's movement believes that access to transport is crucial for opportunities. Accessibility mechanisms such as the recognition of an identity card, which allows young people to claim discounts and operate a free national transport card, are upheld.

Discrimination in the field of gender and age concerns the ability of children and young people to assert their own gender identity. Schools do not offer a neutral option for exercising the right to gender and gender.

Key words: age, discrimination, equality, youth movements, voting at 16 years old.

Постановка проблеми. З початком третього тисячоліття активізувалися рухи молоді та дітей щодо розширення їх можливостей та удосконалення правової політики у всіх сферах. Віковий діапазон молоді коливається. По всій Європі різні національні та наднаціональні політики, політичні організації, неурядові організації та урядові чи державні органи використовують вікові діапазони, що коливаються у межах від 13 до 30 років, а в деяких випадках навіть старші [1, с.10]. Ці молодіжні рухи стимулюють своїх представників брати участь у своїх громадах та демократичних процедурах на місцевому, національному та міжнародному рівнях. Вказане забезпечує зростання позитивної ролі «інститутів громадянського суспільства та конструктивних проявів громадянської ініціативи як суттєвого стабілізаційного чинника та дієвого інструмента для збалансування інтересів і консолідації суспільства» [2, с. 242].

Стан дослідження. Питання дискримінації, її теоретико-правового розуміння є предметом наукових дискусій увесь час. Дискримінаційні чинники можуть проявлятися у багатьох аспектах, серед них одним з найпоширеніших є вік. Проблему ейджизму (дискримінації за віком) в своїх працях піднімали багато дослідників, серед них Д. Белов, Ю.Бисага, Н. Бортник, І. Жаровська, Н. Ортинська та інші.

Проте проблема дискримінації осіб молодшої вікової групи залишається малодослідженою.

Метою статті є аналіз проявів сучасних молодіжних рухів у сфері протидії дискримінації за віком.

Виклад основних положень. Ідея молодіжних рухів зводиться до того, що вік не може бути ключовою і загальною вимогою для всіх. Акцентовано увагу на проявах дискримінації у різних сферах. Розглянемо їх детальніше.

Дискримінація в сфері освіти. З 2015 року уряд Великобританії підняв вік обов'язкового навчання від 16 до 18 років. Попри те, що загалом молодіжний рух підтримує мотивацію освітнього закону та визнає потребу розширення освітніх можливостей для всієї молоді та вдосконалення заходів підтримки молоді в освіті, але молодь має стурбованість щодо використання примусу та обов'язковості у процесі навчання аж до 18 років. Особливо дивно це співвідноситься з правом на працю, мінімальний вік для якої встановлено у Великобританії з 13 років.

Молодіжний рух ВУС (British Youth Council) вважає, що ці пункти мають бути вилучені. Опонований освітній закон накладає штрафи на молодих людей, якщо вони не навчаються. Неявку на навчання можна зафіксувати в Національній поліції, в результаті особи можуть

отримати судимість. Рух мотивує, що правовий примус є неправильним підходом до залучення молодих людей до навчання. Якщо криміналізувати діяння, то вказане буде мати супротивне значення, оскільки може призвести до подальшого відчуження дітей від освіти та маргіналізації їх поведінки.

Також молодіжний рух акцентує на потребі учнівського / студентського самоврядування. Діти та молодь мають право брати участь в управлінні, розробці та процесі прийняття рішень у межах своїх шкіл, коледжів або місць навчання [3].

Дискримінація у сфері прийняття політичних рішень. У Маніфесті Молодіжного руху вказано, що «молоді люди усвідомлюють важливість демократії і бачать голосування і широку політичну участь як важливий чинник для справедливого та рівного суспільства. Молоді люди бояться зростання екстремальної політики і визнають, що апатичний і деполітизоване суспільство дає можливість для використання системи поширення екстремальних партій» [3, с. 10].

Парламентська Асамблея Ради Європи 23 червня 2011 року звернулася до країн-членів з проханням розглянути можливість зниження віку, з якого дозволено участь у голосуванні на виборах, до 16 років. У документі, зокрема, міститься заклик до країн – членів Ради Європи створити необхідні передумови для участі молодих людей у суспільному житті через освіту; вивчити можливість скорочення мінімального віку, з якого дозволено участь у голосуванні на виборах, до 16 років; а також вивчити можливість зниження віку для голосування до 16 років для різних виборів: парламентських, президентських, регіональних і місцевих. Оскільки це дасть можливість «розширити демократію і уникнути маргіналізації молодого покоління в цьому процесі» [4].

В Україні проблему правового статусу неповнолітніх та можливості реалізації ним політичного права досліджувала Н. Ортинська. Вона виокремлює дискусійні аспекти можливості активного виборчого права для осіб від 16 років. «По-перше, неповнолітній не має ще сформованої соціальної і правової позиції, тому не зможе самостійно ухвалювати рішення в політичній сфері, тобто відсутня громадська компетентність. По-друге, ця вікова група схильна до навіювання, є емоційною, має здатність ухвалювати спонтанні рішення, тому може стати легким об'єктом для політичних маніпуляцій. По-третє, низька політична активність неповнолітніх» [5, с. 180–181].

Вказані рухи підтримують молодь під час реєстрації для участі у виборах та відстоюванні заходів, які усувають бар'єри, що зупиняють молодь у реалізації політичних прав. Вони вважають, що вік, який виставляється кандидатами в місцеві, регіональні, національні та європейські вибори повинні бути зменшені до 16 років, як і вік для засновників благодійних організацій. Вказується також про певну невідповідність – з віку 16 років можна займатися підприємницькою діяльністю та керувати компанією у приватному секторі, однак не можна здійснювати політичну правову активність.

До речі, вказане буде мати довгострокові перспективи, зокрема вирішувати проблему електоральної апатії, що спостерігається нині у політичному житті. Науковці стверджують, що люди, які голосують на своїх перших виборах, і з більшою вірогідністю залишаються активними виборцями протягом усього життя (J. Aldrich [6], E. Dinas [7]).

Також як один з аргументів зниження віку приводиться позиція, що голосування у 16 поставить на порядок денний більше питань молоді, що і буде поштовхом для вирішення їхніх конкретних потреб. «Ми віримо, що в 16 років ми зрілі достатньо, щоб брати участь і сприяти нашій демократії через голосування. 16 і 17-річні можуть платити податок на прибуток, одружуватися, давати згоду на сексуальні відносини та приєднатися до збройних сил,

але вони не можуть обрати депутатів, рішення яких впливають їх життя та ці обов'язки. Ми віримо, що голоси за 16 забезпечать краще представлення наших поглядів в політиці Великобританії» [8, с. 13].

Доводиться, що позиція молоді слабо представлена у законопроектній діяльності (наприклад, у Палаті лордів діє проєкт «молодь за столом» з 26 років), громадській сфері, а саме в діяльності громадських організацій гендерного, етнічного спрямування, та у сфері відстоювання гендерної ідентичності.

Молодіжний маніфест 2020 року вказує на потребу створення посади молодіжних радників при органах публічної влади та молодіжних місцевих радників, що виступатимуть центром молодіжного голосу в громадах. Також вони зазначають, що «молодіжні служби та агенції допомагають молодим людям у їхньому особистісному розвитку. Ми вважаємо, що молодіжні служби повинні мати пріоритет фінансування, щоб відповідати потребам молоді» [8, с. 4]. Також вказано на можливість роботи молодіжних рад як експертних, моніторингових та дорадчих органів.

Для реалізації права голосування та права бути обраним з 16 років запропоновано такі необхідні гарантії:

- повинна бути вимога щодо представництва молоді на всіх рівнях управління: в місцевих та регіональних радах, в національних зборах, в палати парламенту та будь-який інший законотворчий орган по всій території країни;

- повинні бути законодавчі вимоги щодо формування нової та коректування існуючої молодіжної політики та вжиття найбільших практичних заходів, щоб уникнути непропорційних негативних наслідків для дітей та молоді;

- повинна бути вимога до кожної законопроектної та нормотворчої ініціативи, яка має вплив на осіб молодшої вікової групи, проводити реальну, підзвітну консультацію з молодіжними організаціями та представниками.

Право голосувати стосується не тільки виборчого процесу, але й референдумного. Мотивація є особливо сильною у зв'язку з ключовим рішенням Британії щодо Brexit. У 2016 році молоді люди здебільшого проголосували за те, щоб залишитися на референдумі в ЄС. Серед основних причин – стурбованість перспективами працевлаштування, зведення можливостей для молоді, загрози системі освіти та проблеми расизму та фашизму в суспільстві. Молоді люди 16, 17 років не висловлювалися на референдумі (за два роки це 1,5 млн осіб), хоча це було ключове рішення для майбутніх поколінь.

Дискримінація у сфері оплати праці. Національний прожитковий мінімум у Великобританії закріплює ставки, які прямо стосуються дискримінації за віком, не тільки передбачаючи нижчу ставку для молодих працівників, але й ще нижчу для учнів. Молодіжний рух доводить, що «будь-хто, хто працює, повинен отримувати “ставку за роботу”, а не різні ставки, які залежать від віку тих, хто бере участь» [8, с. 28].

Дискримінація у сфері транспортної доступності. Рух молодих людей вважає, що доступ до транспорту має вирішальне значення для можливостей. «Якщо ви не можете отримати доступ до транспорту, тоді до вас несправедливо ставляться» [3, с. 18] – вказує Маніфест 2008 року. «Ми вважаємо, що молоді люди або будь-хто, хто не може отримати доступ до доступного транспорту, зазнають дискримінації; всі повинні мати рівний доступ та рівну якість громадського транспорту» – продовжує Маніфест 2020 року. Тому відстоюються такі механізми доступності, як визнання посвідчення особи, що дозволяє молодим людям вимагати знижки та функціонування безкоштовної національної транспортної картки.

Британська молодіжна рада вважає, що відсутність транспорту у сільській місцевості може створювати труднощі для молодих людей при доступі до послуг, освіти,

навчання, працевлаштування та ведення активного соціального життя. Потрапити до друзів чи нічні переїзди є значною проблемою для молодих людей, які не мають власного транспорту. Часто немає інших молодих людей, які живуть поруч, тому комунікація з друзями поза школою чи коледжем залежить від наявності транспорту. «Потрібні регулярні автобусні та залізничні сполучення, особливо в районах, віддалених від великих транспортних вузлів, щоб уникнути залишення молодих людей в сільській ізоляції. Молодь також повинна бути поінформована про громадські транспортні послуги у своїх районах, з опублікованим та доступним розкладом руху та подробицями щодо цін та пільг» [8, с. 6].

Дискримінація у сфері гендеру та віку (множинна дискримінація). Вказане стосується можливості дітей та молоді відстоювати власну гендерну ідентичність. Небінарні гендерні ідентичності на цей час дискриміновані в освітніх закладах. Парламент Великобританії прийняв норми щодо обов'язкового використання гендерно-нейтрального титулу. Проте в школах не запропоновано

такого нейтрального варіанту можливості реалізації права. Туалети, форма, уроки, багато інших аспектів шкільного життя розділені за статтю. Вказане створює багато проблем для небінарних учнів. Інтегроване навчання та інклюзивне шкільне середовище – це вагома гарантія подолання множинної дискримінації.

Висновки. Дискримінація за віком нині є однією з найпоширеніших ознак. Молодіжні рухи активізують увагу щодо належної правової політики у сфері рівності за віком. Розглянуто, що прояви дискримінації молодіжні рухи вбачають в наступних сферах: у сфері освіти – через підняття віку обов'язкового навчання від 16 до 18 років; у сфері прийняття політичних рішень – через мотивування, що вік, який виставлятиметься виборцям і кандидатам в місцеві, регіональні, національні та європейські вибори та референдуми, повинен бути зменшений до 16 років; у сфері оплати праці – через встановлення ставки оплати відповідно до віку; у сфері транспортної доступності; у сфері гендеру та віку – через відсутність гендерно-нейтрального титулу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Голосування поза шаблоном: практичний посібник. Посібник щодо підвищення обізнаності серед молодих виборців для органів адміністрування виборів. URL: <https://rm.coe.int/vote-outside-the-box-ukrainian/16809fc1b0> Рада Європи, червень 2020.
2. Жаровська І.М. Генезис ідеї відкритості влади. *Форум права*. 2009. Вип. 3. С. 242–246.
3. BYC Youth Manifesto with lapses. AMD5 – Annual Meeting Document 5a URL: <https://www.byc.org.uk/annualmeeting>.
4. ПАРЄ закликає знизити вік для голосування до 16 років. URL: <http://eunews.unian.ua/510880>.
5. Ортинська Н.В. Правовий статус неповнолітніх: теоретико-правове дослідження : дис. на здобут. ступеня докт. юрид. наук... за спец. 12.00.01. Львів: НУ «Львівська політехніка». 2017. 524 с. URL: <https://lpnu.ua/sites/default/files/2020/dissertation/1717/dysertaciynarob-otanazdobuttyanaukovogostupenyadoktorayurydychnyhnaukortynskoyinv.pdf>.
6. Aldrich J. H. et al. Turnout as a habit. *Political Behaviour*. 2011. V. 33(4). P. 535–563.
7. Dinas E. The formation of voting habits. *Journal of Elections, Public Opinion & Parties* 2012. V. 22(4), P. 431–456.
8. British Youth Council. Manifesto 2020. Our vision for a better world URL: <https://www.byc.org.uk/wp-content/uploads/2019/09/British-Youth-Council-Manifesto-2020.pdf>.

ДИТИНА ЯК СУБ'ЄКТ ПРАВОВИХ ВІДНОСИН: ОКРЕМІ ЗАУВАГИ (ТЕОРЕТИКО-ПРАВОВИЙ АСПЕКТ)

THE CHILD AS A SUBJECT OF LEGAL RELATIONS: SPECIAL NOTES (THEORETICAL AND LEGAL ASPECT)

Завгородня Ю.С., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри теорії та історії держави і права

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

Актуальність теми зумовлюється необхідністю дослідження подальших заходів імплементації у національну систему права концептів людських прав та верховенства права через забезпечення рівності усіх учасників суспільних відносин, незалежно від різних ознак, зокрема і віку особи. Відзначається необхідність системного та перманентного дослідження проблематики забезпечення прав дитини, важливість сприйняття дитини як повноправного учасника правових відносин, особливо зважаючи на таку ознаку людських прав, як рівність та принцип рівності як загальний принцип права.

На основі аналізу правничої наукової літератури стверджується, що проблематика висвітлення прав дитини за умов природної парадигми права та людських прав є мало висвітленою та потребує свого дослідження.

Акцентується увага, що теорія правових відносин має враховувати особливості правових відносин щодо реалізації людських прав, що цей аспект предмета пізнання фактично не розкривається в юридичній науковій та навчальній літературі.

Відзначається, що людські права через їх природний характер належать людині від народження, а тому твердження, що їх можна реалізувати лише з досягненням певного віку, може сприйматися як таке, що порушує сутнісну природу людських прав.

Аналізуються окремі рішення Європейського суду з прав людини, у яких сформульовано положення щодо необхідності сприйняття дитини повноправним учасником правових відносин. Дитина, як і повнолітня особа, повинна мати можливість реалізувати своє право на свободу та особисту недоторканість, на свободу слова та думки, право не бути підданим катуванню, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню, не залучатися до виконання примусової праці тощо.

Резюмується, що, висвітлюючи тематику особливостей правових відносин за участю дитини, пов'язаних із реалізацією прав дитини, загальнотеоретична правнича наука має враховувати: 1) специфіку суб'єктного складу цих відносин: одним з суб'єктів завжди виступає держава через органи публічної влади; 2) дитина, як і повнолітні особи, має ті ж самі людські права, реалізувати які вона також може повною мірою, що зумовлює необхідність урахування під час висвітлення проблематики дієздатності як властивості суб'єкта правових відносин; 3) об'єктом досліджуваних відносин є права дитини, правова природа яких зумовлює необхідність виконання державою обов'язку забезпечення прав дитини незалежно від волевиявлення дитини.

Ключові слова: держава, дієздатність, людські права, права дитини, правоздатність.

The urgency of the topic is stipulated by the necessity to study further measures to implement the concepts of human rights and the rule of law by ensuring equality of all participants in public relations, regardless of various characteristics, including age, into the national law system. Indispensability for systematic and permanent research on the child's rights, the importance of the child's perception as a full-fledged participant in legal relations, especially given such a feature of human rights as equality and the principle of equality as a general principle of law, are drawn attention to.

It is argued that the issue of child's rights coverage under the natural paradigm of law and human rights is poorly elucidated and should be studied further, based on the analysis of the legal scientific literature.

Attention is placed on the fact that the theory of legal relations should take into account the peculiarities of legal relations regarding the human rights implementation, that this aspect of the subject of knowledge is not actually disclosed in the legal scientific and educational literature.

It is noted that human rights, by their intrinsic nature, belong to a person from his birth, and therefore the claim that they can be realized only after reaching a certain age can be perceived as violating the essential nature of human rights.

Some decisions of the European Court of Human Rights, in which the legal provisions on the necessity to perceive a child as a full-fledged participant in legal relations are formulated, are analyzed. The child, like an adult, should be able to exercise his or her right to liberty and inviolability, the right to freedom of speech and thought, the right not to be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment, and the right not to be subjected to forced labor.

It is summarized that covering the thematics of the peculiarities of legal relations with the participation of the child related to the child's rights implementation, general and theoretical law science should take into account the following: 1) the specifics of the subject structure of these relations: the state is always one of the subjects through the public authorities; 2) the child, as well as an adult, has the same human rights, which he can also fully realize, which stipulates the necessity to take into account while covering the issue of legal capacity as a property of the subject of legal relations; 3) the rights of the child are the object of studied relations, the legal nature of which determines the necessity for the state to fulfill the obligation to ensure the child's rights, regardless of the will of the child.

Key words: state, legal capacity, human rights, child's rights, legal relations.

Актуальність. Ще у 1996 році, прийнявши Конституцію, українське суспільство відмовилося від цінностей радянської держави, проголосило як основну цінність людину, її права та свободи, при цьому закріпивши рівність людей у правах та гідності [1].

Однак лише з початку XXI століття у чинне законодавство почали імплементуватися концепти, що відповідають означеним конституційним положенням, зокрема через закріплення принципу верховенства права, принципів сервісно орієнтованої держави.

Водночас і донині одним із питань, якому приділялося недостатньо уваги науковців (та й членів суспільства загалом), є забезпечення рівності у правах усіх людей незалежно від віку, зокрема забезпечення прав дитини. Не можна не відзначити, що протягом останніх декількох

років були зроблені певні кроки до вирішення окресленої проблематики, маємо на увазі запровадження інституцій Уповноваженого Президента України із прав дитини, освітнього омбудсмена тощо, прийняття законодавства щодо юридичної відповідальності за булінг. Однак це лише посилює необхідність системного та перманентного дослідження проблематики забезпечення прав дитини. Дитина має розглядатися (в означеному контексті) як повноцінний учасник правових відносин, особливо зважаючи на таку ознаку людських прав, як рівність та принцип рівності як загальний принцип права.

«Усе в житті людини починається зі сприйняття світу очима дитини. Саме тому важливо, коли вона знає свої права з дитинства. Усі ми різні, але рівні у своїх правах. Кожна дитина становить надзвичайну цінність не лише

для своїх батьків, а й для всього світу, саме тому, що вона унікальна й другої такої немає і не буде» [2] – зазначається на офіційному сайті Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини. Без реалізації цього положення у національній системі права навряд чи можливе формування України як правової, демократичної держави.

Таким чином, дослідження загальнотеоретичних правових аспектів правового статусу дитини через висвітлення дитини як суб'єкта правових відносин є важливою проблематики вітчизняної правничої науки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Слід відзначити, що проблематика правового статусу дитини, дитини як учасника правових відносин висвітлюється у вітчизняній правничій науці переважно через галузевий аспект. Так, аналіз наукової літератури з окресленої тематики дозволяє зробити висновок про те, що найбільш дослідженим є сімейно-правовий та цивільно-правовий статуси дитини.

У цьому аспекті відзначимо науковий доробок таких вітчизняних авторів, як Є. Гарєєв (реалізація права інтелектуальної власності дітьми) [3], Н. Конончук (різновиди прав дитини за сімейним законодавством) [4], Л. Красицька (реалізація та забезпечення майнових та немайнових прав дитини) [5], С. Саблук (окремі аспекти правового становища дітей) [6], О. Синегуб (дитина як носій немайнових прав) [7], О. Явор (особисті немайнові права дитини) [8] та інші.

Правовий статус дитини через призму загальнотеоретичної правничої науки був предметом гносеології таких вітчизняних науковців, як Я. Костенко (закріплення правового статусу дитини в національному законодавстві) [9], Н. Крестовська (нове трактування прав дитини) [10], О. Юхта (теоретико-правовий аспект правового становища дитини) [11].

Аналізуючи окреслену проблематику, варто погодитися з Н. Найман щодо того, що «останніми роками правовому статусу дитини, зокрема її правам, на законодавчому рівні приділяється велика увага. Про це може свідчити навіть факт імплементації низки міжнародно-правових актів у національне законодавство України» [12, с. 42]. Однак слід відзначити, що наявність приписів у нормативно-правових актах не вказує на те, що закріплені ними положення реалізуються у фактичній поведінці суб'єктів правових відносин.

Наведена теза Н. Найман підтверджує той факт, що більшість наукових публікацій за тематикою прав дитини ґрунтуються на нормативистській парадигмі права (яка, м'яко кажучи не сумісна з концептом людських прав, сформованим на початку другої половини ХХ століття в межах західної правової традиції).

Тому проблематика висвітлення прав дитини за умов природної парадигми права та людських прав є мало висвітленою та потребує дослідження.

Мета статті. Метою нашого дослідження є висвітлення дитини як суб'єкта правових відносин через призму загальнотеоретичної правової науки. При цьому, зважаючи на неможливість у межах однієї статті детально описати вибраний предмет дослідження, ми акцентуємо увагу на основних положеннях, що мають парадигмальне значення для інтерпретації досліджуваного правового явища.

Виклад основного матеріалу. У межах загальнотеоретичної правничої науки термін «суб'єкт правових відносин» інтерпретується як елемент складу правовідносин, що наділений певними правами та обов'язками та володіє окремими якостями – правосуб'єктністю. Так, наприклад, колектив вітчизняних науковців таким чином висвітлює зміст наведеного поняття: «потенційними суб'єктами правових відносин є фізичні або юридичні особи, котрі згідно з чинним законодавством володіють правоздатністю, дієздатністю та деліктоздатністю. Реальна ж участь таких суб'єктів у правових відносинах детермінована життєво

важливою обставиною, що передбачена гіпотезою регулятивної або охоронної норми права і в теорії права отримала назву «юридичний факт»» [13, с. 229].

Загалом не можна не погодитися з таким розумінням суб'єкта правових відносин, однак варто відзначити, що наведене сприйняття досліджуваного правового явища має також урахувати особливості правових відносин щодо реалізації людських прав, а цей аспект предмета нашого пізнання фактично не розкривається в юридичній науковій та навчальній літературі. Тому у подальшому ми зосередимо увагу на основних положеннях теорії правових відносин, що відображають проблематику предмета гносеології.

По-перше, у навчальній та науковій юридичній літературі відзначається, що суб'єкт правовідносин має бути наділений правосуб'єктністю, що включає в себе низку складових частин: правоздатність і дієздатність (в останній час почали виокремлювати і таку складову частину, як деліктоздатність. «Вважаємо за можливе передбачити існування ще одного елемента правосуб'єктності суб'єкта права, котрий позначає здатність до вчинення саме протиправних діянь. Він, як і дієздатність, зумовлений існуванням волі суб'єкта права» [14, с. 45], – зазначає А. Пасічник, досліджуючи визначення адміністративної деліктоздатності). У межах нашого дослідження особливе значення мають саме перші дві складові частини – правоздатність та дієздатність. І якщо перша, за усталеним підходом, інтерпретується як можливість особи бути носієм прав та обов'язків, яка виникає з моменту народження людини, то друга – як здатність власними діями реалізувати права та набувати юридичних обов'язків, що настає з досягненням певного віку.

На нашу думку, таке викладення правосуб'єктності без додаткового висвітлення особливостей відносин, пов'язаних із реалізацією людських прав, дещо спотворює розуміння природи людських прав та прав дитини. Так, людські права через їх природний характер належать людині від народження, а тому твердження, що їх можна реалізувати лише з досягненням певного віку, може сприйматися як таке, що порушує сутнісну природу людських прав.

У цьому контексті варто відзначити низку рішень Європейського суду з прав людини, які додатково аргументують висловлену нами тезу. У справі А. проти Сполученого Королівства (заява № 3455/05) Європейський суд із прав людини розглядав ситуацію, пов'язану з засобами усталеного виховання в Англії, зокрема, коли вітчизняний суд щодо 10-річної дитини «помірне тілесне покарання», яке було дозволено законодавством (законодавство у цьому випадку відображало звичаї, засади виховання суспільства, які і до сьогодні багато у чому превалюють і в українському соціумі, відповідно до яких дитина розглядається як об'єкт виховання, а не суб'єкт; дитина повною мірою не усвідомлює багатьох речей, а тому має слухатися дорослих). Європейський суд із прав людини відзначив, що наявність такого законодавства не відповідає вимогам верховенства права, не забезпечуючи дитині можливість захисту, застосування заходів стримування тощо, та визнав порушення ст. 3 (заборона катувань) Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод [15]. Вважаємо, що саме таке розуміння прав дитини (як і страсбурзький суд) закріплено у Конвенції про права дитини: «Держави-учасниці вживають усіх необхідних законодавчих, адміністративних, соціальних і просвітніх заходів з метою захисту дитини від усіх форм фізичного та психологічного насильства, образи чи зловживань, відсутності піклування чи недбалого і брутального поводження та експлуатації, включаючи сексуальні зловживання, з боку батьків, законних опікунів чи будь-якої іншої особи, яка турбується про дитину» [16].

Заслугує на увагу коментар вітчизняного правника М. Корнієнка наведеного рішення Європейського суду з прав людини: «Йдеться про Велику Британію напри-

кінці ХХ століття, державу, у якій зародилась і концептуально оформилась ідея верховенства права (rule of law). Як бачимо, законодавство Великої Британії передбачало застосування насильства зі сторони вихователів (батьків) до дитини, і лише після прийняття рішення Європейським судом із прав людини ситуація змінилася на краще» [17, с. 208].

Наступною справою, що розглядалась Європейським судом із прав людини та має відношення до предмета нашого дослідження, є Таєр проти Сполученого Королівства, у якій розглядалась ситуація з покаранням школяра за бійку, що полягало у нанесенні йому 15 ударів різкою. Англійський суд, як зазначає Г. Юдківська, не побачив у цих діях порушення прав дитини, виходячи з того, що «мовляв, вибачте, я зростаю у цій системі, ми звикли до цього, це абсолютно нормально для підлітка – бути побитим різками» [18].

Наведене дає змогу вести мову про сприйняття в межах західної правової культури дитини як повноправного учасника правових відносин, що має такі ж права, як і повнолітні особи. Не можна розглядати дитину як особу, яка через свій вік не може реалізувати свої людські права, не усвідомлює свої інтереси.

Досліджуваний аспект тісно пов'язаний з такими ознаками людських прав, як природний характер та рівність. Тому питання про дієздатність у контексті реалізації дитиною людських прав потребує окремого уточнення. Дитина, як і повнолітня особа, повинна мати можливість реалізувати своє право на свободу та особисту недоторканість, на свободу слова та думки, право не бути підданим катуванню, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню чи покаранню, не залучатися до виконання примусової праці тощо. У зв'язку з означеним викликає здивування, що і донині значна кількість людей намагається аргументувати правомірність зобов'язання учнів загальноосвітніх шкіл чергувати у школах [19], не розуміючи елементарної відмінності виконання роботи дорослими особами та дітьми (на що вказують і нормативні приписи Кодексу законів про працю), а також того факту, що локальні та корпоративні норми, які посягають на сутнісний зміст людських прав, є нікчемними (маємо на увазі згадані автором Правила розпорядку школи для учнів), що відповідає вимогам верховенства права (а не верховенства закону, яке і намагається захистити означений автор).

По-друге, у навчальній та науковій юридичній літературі відзначається, що суб'єкти правовідносин наділені взаємними правами й обов'язками. Багато у чому таке сприйняття правових відносин зумовлює існування тези про те, що коли діти (або їхні батьки, опікуни чи піклувальники) заявляють про свої права, наголошується, що вони (діти) забувають про свої обов'язки. «Права людини в школах, як правило, протиставляють обов'язкам, а головною людською рисою, яку виховує школа, вважають дисциплінованість. Це лише кілька викривлень серед довгого списку в системі шкільної освіти, про які говорили під час дискусії

«Права людини в школі: як популяризувати цінності серед дітей» [20], – наголошують громадські активісти.

У межах західної правової традиції людські права розглядаються крізь призму вертикальності. Людські права є вимогами, що спрямовуються державі. Тому завжди адресатом прав людини є держава, публічна влада. Саме органи публічної влади зобов'язані забезпечувати реалізацію людських прав через виконання позитивних та негативних обов'язків. Наголосимо, що не інші люди, а тільки органи влади. Означений концепт закріплений і в Конституції України, зокрема у ст. 3, через визначення головного обов'язку держави та фактору визначення спрямованості її діяльності.

Таким чином, у правовідносинах, пов'язаних із реалізацією людських прав, у тому числі й дітьми, суб'єктом, на якого покладається обов'язок забезпечення людських прав, є органи публічної влади. При цьому на носіїв прав не покладається якийсь обов'язок. Ці відносини є односторонніми, тобто такими, у яких «сторони мають або права, або обов'язки» [13, с. 223], до того ж носіями прав є фізичні чи юридичні особи, а носіями обов'язків – держава в особі органів публічної влади. Саме держава відповідає перед людиною за результативність своєї діяльності.

По-третє, розглядаючи правове становище дитини, не можна не відзначити особливості, пов'язані з об'єктом правовідносин, який зазвичай сприймається як те, заради чого суб'єкти і вступають у ці відносини. Об'єктом правових відносин, пов'язаних із дитиною (у контексті, що ми висвітлюємо), є права дитини. При цьому незалежно від бажання дитини держава зобов'язана визнавати права дитини (як і людські права) та спрямовувати свою діяльність на їх реалізацію. Означене слід сприймати не як «примус до щастя» дитини, а скоріше як ситуацію з неможливістю відмови від права, захищеного ст. 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (свобода від катувань): навіть якщо людина дає згоду, щоб її катували, це не звільняє органи влади відповідати за катування особи.

Саме у контексті означеного варто відзначити наявність у держави не тільки негативних, а і позитивних зобов'язань щодо забезпечення людських прав.

Висновки. Таким чином, висвітлюючи тематику особливостей правових відносин за участю дитини, пов'язаних із реалізацією прав дитини, загальнотеоретична правнична наука має враховувати: 1) специфіку суб'єктного складу цих відносин: одним з суб'єктів завжди виступає держава через органи публічної влади; 2) дитина, як і повнолітні особи, має ті ж самі людські права, реалізувати які вона також може повною мірою, що зумовлює необхідність урахування під час висвітлення проблематики дієздатності як властивості суб'єкта правових відносин; 3) об'єктом досліджуваних відносин є права дитини, правова природа яких зумовлює необхідність виконання державою обов'язку забезпечення прав дитини незалежно від волевиявлення дитини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30.
2. Уповноважений Верховної Ради України з прав людини. Офіційний сайт. URL <https://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/child/childrens>
3. Гареев Є.Ш. Особливості здійснення права інтелектуальної власності особами, які не досягли повноліття. *Актуальні проблеми держави і права*. 2008. Вип. 42. С. 32–38
4. Конончук Н.М. Класифікація прав дитини в сімейному законодавстві України. *Науковий часопис НПУ імені М. П. Драгоманова*. 2010. Вип. 10. С. 203–210.
5. Красицька Л.В. Проблеми здійснення та захисту особистих та майнових прав батьків і дітей : дис. ... док. юрид. наук: спец. 12.00.03 «цивільне право та цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право». В., 2015. 496 с.
6. Саблук С.А. Окремі аспекти правового статусу дитини. *Університетські наукові записки*. 2005. № 3 (15). С. 143–147.
7. Синегубов О.В. Правовий статус дитини, як учасника особистих немайнових прав. *Форум права*. 2013. № 1. С. 900–907
8. Явор О.А. До проблеми особистих немайнових прав дитини. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2004. № 4. С. 68–74.
9. Костенко Я.В. Правовий статус дитини в національному законодавстві. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 1. С. 55–60.

10. Крестовська Н.М. Новий погляд на права дитини. *Університетські наукові записки*. 2005. № 3 (15). С. 425–427.
11. Юхта О.Г. Теоретико-правовий аналіз концептуального поняття «правовий статус дитини». *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2014. № 12 (158). С. 72–76.
12. Найман Н. Сімейно-правовий статус дитини. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 6. С. 38–43.
13. Теорія держави і права : підруч. / кол. авт. ; кер. авт. кол. канд. юрид. наук, проф. Ю.А. Ведерніков. 3-є вид. перероб. і доп. Дніпро: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ, 2016; Ліра ЛТД. 480 с.
14. Пасічник А. Щодо визначення поняття адміністративної деліктоздатності. *Юридична Україна*. 2009. № 11–12. С. 41–46.
15. Case of A v. the United Kingdom, Application no.3455/05, Council of Europe: European Court of Human Rights, 19 February 2009. URL <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-91403>.
16. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 року. *Зібрання чинних міжнародних договорів України*. 1990. № 1. Ст. 205.
17. Корнієнко М.М. Сучасна парадигма протидії насильницьким злочинам щодо дітей: монограф. Одеса: Одеський. держ. ун-т внутр. справ, 2020. 371 с.
18. Сутінки прав людини і Європейський суд. URL: <http://ua.racurs.ua/1136-prava-ganna-udkivska>
19. Гриб В. Чергування учнів. URL: https://advokatgryb.blogspot.com/2019/03/blog-post_2.html
20. «Всі права – хорошим людям». Як у школах розповідають про права людини. URL: <https://nus.org.ua/articles/vsi-prava-horoshym-lyudyam-yak-u-shkolah-rozpovidayut-pro-prava-lyudyu>

ШЛЯХИ ВДОСКОНАЛЕННЯ ПРАВОВОГО МЕХАНІЗМУ ЗАЛУЧЕННЯ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ УКРАЇНИ ДО МІЖНАРОДНИХ ОПЕРАЦІЙ ІЗ ПІДТРИМАННЯ МИРУ ТА БЕЗПЕКИ

WAYS TO IMPROVE OF THE LEGAL MECHANISM FOR INVOLVING UKRAINIAN LAW ENFORCEMENT AUTHORITIES IN INTERNATIONAL PEACE KEEPING OPERATIONS TO MAINTAIN PEACE AND SECURITY

Кухарець Д.В., науковий співробітник

Науково-дослідний центр службово-бойової діяльності Національної гвардії України

Голіна О.Ю., науковий співробітник

Науково-дослідний центр службово-бойової діяльності Національної гвардії України

Васильченко Р.В., к.філос.н.,

старший викладач кафедри соціально-гуманітарних дисциплін

Національна академія Національної гвардії України

Україна, як одна з країн засновниць Організації Об'єднаних Націй, ратифікувавши Статут ООН взяла на себе частину відповідальності за міжнародний мир та спокій. Дедалі частіше міжнародні миротворчі операції змінюються з суто військових на поліцейські, тобто поліцейський компонент миротворчої діяльності стає дедалі актуальнішим. Виходячи з цього в статті розглянуто історію участі працівників органів внутрішніх справ, військовослужбовців внутрішніх військ та Національної гвардії України в міжнародних миротворчих операціях з підтримання миру та безпеки починаючи з років незалежності України. Визначено особливості миротворчої діяльності правоохоронних органів України та військових формувань з правоохоронними функціями відповідно до Закону України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру та безпеки» від 23 квітня 1999 р та Указу Президента України від 15.06.2009 р. № 435/2009 «Про Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України» і проаналізовано міжнародно-правову практику участі України у міжнародних миротворчих операціях з підтримання миру та безпеки під егідою ООН. Проведення міжнародних миротворчих операцій потребує чіткого узгодження норм і правил дій держав-учасниць щодо використання своїх сил та засобів у процесі миротворчої діяльності, що також являє велику проблему при визначенні мандату ООН на проведення тієї чи іншої операції. Проведено аналіз нормативно-правової бази України, щодо механізму залучення сил безпеки та оборони України до миротворчої діяльності. Окремо, в статті окреслено заклади підготовки сил та засобів України до участі в міжнародних миротворчих операціях, які на сьогодні діють в Україні. З урахуванням проведеного аналізу правового механізму залучення працівників правоохоронних органів України та військовослужбовців Національної гвардії України до міжнародних миротворчих операцій з підтримання миру та безпеки під егідою ООН та інших міжнародних організацій, розроблено рекомендації щодо вдосконалення механізму правового регулювання участі правоохоронних органів та військовослужбовців Національної гвардії України у міжнародних миротворчих операціях з підтриманням миру та безпеки.

Ключові слова: миротворча діяльність, миротворчі операції з підтримання миру і безпеки, правоохоронні органи, національний контингент, національний персонал.

Ukraine, as one of the founding countries of the United Nations, by ratifying the UN Charter has assumed part of the responsibility for international peace and tranquility. Increasingly, international peacekeeping operations are changing from purely military to police, that is, the police component of peacekeeping is becoming more and more relevant. Based on this, the article examines the history of the participation of employees of the internal affairs bodies, servicemen of the internal troops and the National Guard of Ukraine in international peacekeeping operations to maintain peace and security since the years of Ukraine's independence. The features of the peacekeeping activities of law enforcement agencies of Ukraine and military formations with law enforcement functions have been determined in accordance with the Law of Ukraine "The Ukraine's participation in international operations to maintain peace and security" dated April 23, 1999 and the Decree of the President of Ukraine dated June 15, 2009 No. 435 / 2009 "The Strategy of Ukraine's International Peacekeeping Activities" and analyzed the international legal practice of Ukraine's participation in international peacekeeping operations to maintain peace and security under the auspices of the UN. Conducting international peacekeeping operations requires a clear agreement on the norms and rules of action of the participating states on the use of their forces and means in the process of peacekeeping activities, and also presents a big problem in determining the UN mandate to conduct a particular operation. The analysis of the legal and regulatory framework of Ukraine, regarding the mechanism of involving the security and defense forces of Ukraine in peacekeeping activities. Separately, the article identifies the institutions for training the forces and means of Ukraine to participate in international peacekeeping operations that are currently operating in Ukraine. Taking into account the analysis of the legal mechanism for involving law enforcement officials of Ukraine and the military personnel of the National Guard of Ukraine in international peacekeeping operations to maintain peace and security under the auspices of the UN and other international organizations, recommendations have been developed to improve the mechanism of legal regulation of the participation of law enforcement agencies and military personnel of the National Guard of Ukraine in international peacekeeping operations with the maintenance of peace and security.

Key words: peacekeeping activities, peacekeeping operations to maintain peace and security, law enforcement agencies, national contingent, national personnel.

Постановка проблеми. Активна участь України в операціях з підтримки миру розпочалася з перших років її незалежності.

Україна, будучи членом-засновником ООН, ратифікувала Статут (ООН) в якому зазначається, що мета діяльності даної організації полягає в об'єднанні сили країн-учасників ООН для підтримки міжнародного миру і безпеки [1].

Першою міжнародною миротворчою операцією за участю миротворців України стала United Nations Protection

Force – миротворча місія Організації Об'єднаних Націй на території країн колишньої Югославії. Для України ця миротворча операція розпочалася із затвердження Верховною Радою України Постанови від 3 липня 1992 року «Про участь батальйонів Збройних сил України в Миротворчих Силах Організації Об'єднаних Націй у зонах конфліктів на території колишньої Югославії».

Сталим терміном в українській мові є саме поняття «міжнародні миротворчі операції», під ними українське суспільство розуміє всі форми миротворчої діяльності,

такі як, операції зі встановлення (сприяння) миру, операції з підтримання миру, операції з примушення до миру, операції з відбудови миру.

Рамеш Тхакур, автор книги «ООН, мир та безпека» [2], зазначає, що після закінчення «холодної війни» ідеологія підтримання миру за рахунок сил і механізмів колективної безпеки, дедалі частіше змінюється на прагнення ООН захищати населення від страждань і зупиняти війни (збройні конфлікти), що обумовлює розквіт миротворчої діяльності.

Багато років участь у миротворчих місіях українських військових та правоохоронців розглядалась як можливість набуття реального досвіду, військової та спеціальної підготовки за рахунок зовнішнього фінансування. Крім того, це сприяло створенню кола фахівців, які мають досвід роботи з іноземними партнерами та застосування інших стандартів. Цей досвід можна використовувати для реформування сил сектору безпеки та оборони, а також налагодження співробітництва з партнерами з метою підвищення взаємосумісності збройних формувань.

Важливою складовою української миротворчості є той факт, що не лише військові беруть активну участь у місіях. Характер сучасних конфліктів досить складний, іноді набагато складніше вирішувати саме питання врегулювання ситуації після збройного конфлікту та повернення нормального життя в даний район. В таких умовах важливим компонентом є поліцейський персонал місій.

Сьогодні в Україні проводиться операція об'єднаних сил, мета якої – ліквідація збройного конфлікту на сході нашої держави, тому набутий у міжнародних миротворчих операціях з підтримання миру та безпеки досвід дуже важливий для завершення конфлікту на сході України.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання історії та теорії міжнародних конфліктів, а також проблематику правового регулювання участі та процесу залучення сил та засобів до міжнародних миротворчих операцій з підтримання миру та безпеки розглядалися в багатьох працях вітчизняних та зарубіжних вчених, зокрема Ю. Мацейко, В. Нікітюк, В. Ржевської, О. Хохлишевої та В. Федорова, а також зарубіжних юристів-міжнародників, таких, як Е. Аречаги, Д. Браєрлі, А. Дервотта, М. Мулінена, М. Нордквіста, Ж. Пікте, А. Роберте, О. Ковтун [2–4].

Мета статті – на основі аналізу участі сил безпеки в міжнародній миротворчій діяльності визначити правові особливості механізму залучення до міжнародних миротворчих операцій з підтримання миру та безпеки під егідою ООН та інших міжнародних організацій, з урахуванням визначених особливостей розробити рекомендації щодо вдосконалення правового механізму залучення правоохоронних органів України до міжнародних миротворчих операцій з підтримання миру та безпеки.

Вклад основного матеріалу. Участь України в миротворчій діяльності підвищує авторитет держави на міжнародній арені, дає змогу взяти участь у створенні колективної безпеки у світі, зробити свій внесок у підтримання міжнародного миру і стабільності. Миротворча діяльність є пріоритетною для української зовнішньої політики, яка веде до зміцнення зовнішніх гарантій національної безпеки.

У 1994 році перший загін миротворців-правоохоронців МВС України вирушив до охопленої війною Югославії для встановлення миру та врегулювання кривавого конфлікту. Вони першими проклали шлях до участі представників органів внутрішніх справ України у цій благородній справі [5].

У 1997 році наші миротворці вперше відбули до Анголи. У 1998 році українських правоохоронців запрошують до участі в місії ОБСЄ у Косово. У 1999 році кількість миротворців-правоохоронців збільшується до 100 осіб у різних країнах та місіях. У 2000 році, як знак

визнання високого професіоналізму поліцейського персоналу України у миротворчій діяльності, нам пропонується направити перші спеціальні миротворчі підрозділи до Косово [5].

Окремо варто зазначити Спеціальний та Кінологічний миротворчі підрозділи, які отримали високу оцінку при виконанні миротворчих завдань. Так, під час масових заворушень у Косово у березні 2004 року та у березні 2008 року працівники підрозділу показали свій високий професіоналізм, за що на ім'я Міністра внутрішніх справ України Адміністрація місії ООН в Косово направила листи подяки [5].

Миротворча місія у Східного Тимору для правоохоронців розпочалася з 2001 року. У 2002 році національний персонал з представників МВС почав миротворчу діяльність в Конго. У 2003 році вперше українські правоохоронці почали працювати у миротворчій місії Європейського Союзу у Боснії та Герцеговині. 2004 рік – Ліберія та місії ОБСЄ у Македонії. У 2005 році наші миротворці відбули до місії ООН у Судані. У 2009 році вперше наші миротворці відбули до місії ООН у Кот-д'Івуарі та на Кіпрі [5].

Отже, з 1994 року понад 2500 працівників міліції та військовослужбовців внутрішніх військ брали участь у миротворчій діяльності. А саме:

- в складі місій ООН у колишній Югославії, Боснії та Герцеговині, у Східній Славонії (Хорватія), Македонії, Анголі, Грузії, Судані, Східному Тиморі, ДР Конго, Ліберії, Кот-д'Івуарі, на Кіпрі та у Південному Судані, Косово (кінологічний підрозділ);

- у складі місій ОБСЄ – в Югославії та у Хорватії;
- у складі місій ЄС – у Боснії та Герцеговині і в Македонії.

Сьогодні у складі миротворчих місій у Конго, Косово, Південному Судані, на Кіпрі та підрозділах Секретаріату ООН несуть службу понад 50 співробітників МВС України. Враховуючи високу підготовку та професійні якості національного персоналу МВС України третина його членів традиційно займають керівні або ключові посади у міжнародних місіях. Також керівництво міжнародних операцій часто ініціює продовження терміну їх перебування в місіях й повторне персональне запрошення окремих працівників МВС України до місій [5].

Закон України «Про участь України в міжнародних миротворчих операціях» від 23 квітня 1999 р. [6] став першим правовим документом, який окреслив політику миротворчої діяльності України в міжнародних миротворчих місіях з підтримання миру та безпеки. В ньому [6] зазначається: «Усвідомлюючи свою відповідальність у справі підтримання міжнародного миру і безпеки, враховуючи зобов'язання України як держави-члена Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) подавати допомогу ООН в діях, що провадяться відповідно до Статуту ООН, а також зобов'язання як держави-члена Організації з безпеки і співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) конструктивно співробітничати у використанні всього діапазону можливостей ОБСЄ для запобігання конфліктам та для їх розв'язання, дотримуючись основних напрямів державної політики щодо участі України в удосконаленні та розвитку загальноєвропейської та міжнародних систем колективної безпеки, а також у рамках конструктивного партнерства з Організацією Північноатлантичного договору (далі – НАТО) та іншими міжнародними організаціями у сфері безпеки, Україна розглядає участь у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки як важливу складову своєї зовнішньої політики».

У статті першої Закону [6] дається поняття терміну міжнародної операції з підтриманням миру та безпеки, окреслюється мета їх проведення, а саме:

- запобігання виникненню міждержавних або внутрішніх конфліктів;

– врегулювання або створення умов для врегулювання міждержавних, а також внутрішніх конфліктів за згодою сторін конфлікту або з використанням примусових заходів за рішенням Ради Безпеки ООН, що може включати, зокрема, спостереження і контроль за додержанням угод про припинення вогню та інших ворожих дій, роз'єднання сторін, які конфліктують, роззброєння і розформування їх підрозділів, виконання інженерних та інших робіт;

- боротьби з міжнародним тероризмом і піратством;
- евакуації населення із зони конфлікту;
- ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру;
- подання гуманітарної допомоги населенню, яке постраждало внаслідок міждержавних або внутрішніх конфліктів;
- виконання поліцейських функцій по забезпеченню безпеки і додержання прав людини;
- подання допомоги у подоланні наслідків конфліктів та відновлення миру;
- усунення загрози миру, порушень миру чи акту агресії.

15 червня 2009 р. Указом Президента України була затверджена Стратегія міжнародної миротворчої діяльності України, яка визначає пріоритетні цілі участі держави у міжнародній миротворчій діяльності, завдання та механізми реалізації національних інтересів у цьому процесі [7].

Стратегії окреслює характер сучасних міжнародних миротворчих операцій, які за своїм характером здебільшого не є суто військовими. Вони все більше набувають комплексного характеру з широким спектром поліцейських функцій. Відповідно, такі операції потребують залучення як військовослужбовців, так і цивільних осіб, а також зусиль одразу декількох міжнародних і регіональних організацій з безпеки та неурядових організацій [7]. Отже, як ми бачимо, міжнародні миротворчі операції змінюються з суто військових на операції поліцейського характеру, тому присутність в миротворчих операціях поліцейських або військовослужбовців, які вмюють виконувати правоохоронні функції вкрай необхідна.

Спираючись на стратегію [7], можна зазначити таке:

- по-перше, всі міжнародні операції спрямовані на підтримання миру та безпеки є важливими для збереження та розширення активної присутності України у міжнародній діяльності України;
- по-друге, значною мірою посилює авторитет України на міжнародній політичній арені та демонструє світовому співтовариству прагнення до інтеграції в європейський та євроатлантичний безпековий простір;
- по-третє, забезпечують реалізацію національних інтересів України. (стратегія)

Аналізуючи статтю [8], не можна не погодитися про дуже поверхове визначення пріоритетів нашої миротворчої діяльності. Автори пропонують три рівні пріоритетності міжнародних миротворчих операцій, які повинні бути враховані під час підготовки пропозицій щодо участі України у таких операціях:

- перший – операції, які проводяться в регіонах, що є ключовими для національних інтересів України;
- другий – операції, які проводяться спільно з міжнародними партнерами України, співпраця з якими сприяє європейській та євроатлантичній інтеграції нашої держави;
- третій – інші операції, у межах яких українські миротворці роблять внесок у зусилля міжнародної спільноти з підтримання миру і стабільності. При цьому не визначено рівні пріоритетності регіонів світу для національних інтересів України, чого бракує і в інших нормативно-правових документах, які могли б з'ясувати це питання. Викликає запитання і другий рівень пріоритетності, адже, виходячи з нього Україна вже повинна була мати великий контингент

в Афганістані, однак там досі знаходиться лише 10 громадян України, що було обумовлено складним сприйняттям цієї місії всередині українського суспільства як через попередню історію залучення в Афганістані, так і через підпорядкованість цієї місії НАТО. Водночас одним із основних регіонів миротворчої активності України є африканський континент, де українські військовослужбовці та правоохоронці присутні в складі місії ООН у Ліберії, Судані, Демократичній Республіці Конго та Кот-д'Івуарі. Однак африканські держави ніколи не були серед пріоритетів української зовнішньої політики і зазвичай мають дуже низький рівень уваги державних органів та підприємств. Відтак, висока представленість у цьому регіоні не пояснюється ані нормою про національні інтереси, ані контекстом поглиблення євроатлантичного співробітництва [8].

У 2012 році було внесено доповнення в Закон [6], а саме після абзацу четвертого доповнити трьома новими абзацами такого змісту:

- боротьби з міжнародним тероризмом і піратством;
- евакуації населення із зони конфлікту;
- ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій природного і техногенного характеру;
- виконання поліцейських функцій із забезпечення безпеки і додержання прав людини, але відображення цих змін в Стратегії миротворчої міжнародної діяльності України [7] не відбулося.

Міністерством внутрішніх справ в 2019 році було відпрацьовано наказ № 639 «Про участь національного персоналу в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» [9].

Як зазначається в наказі МВС [9] основними завданнями національного персоналу є:

- 1) нагляд за дотриманням прав людини згідно з міжнародно визнаними нормами та мандатом відповідної місії;
- 2) виконання функцій з підтримання правопорядку та боротьби зі злочинністю згідно з мандатом відповідної місії;
- 3) надання консультативних послуг у галузі правоохоронної діяльності, реформування системи місцевих судових та правоохоронних органів згідно з мандатом відповідної місії;
- 4) відбір та підготовка кадрів для місцевих правоохоронних органів згідно з мандатом відповідної місії.

Національний персонал виконує інші завдання, визначені мандатом відповідної комісії.

Отже, як ми бачимо в цьому документі [9] визначені завдання, але нічого не сказано про мету миротворчих операцій, до яких планується залучати представників МВС. Також під виконанням інших завдань можна розуміти виконання таких завдань, які за своїм характером можуть не відповідати рівню підготовки національного персоналу від МВС.

Одним із додатків до наказу [9] є «Положення про національний персонал із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України» [10]. Не зрозуміли є відсутність в даному Положенні такого терміну як національний контингент. Термін «національний контингент» сформульовано в Законі [3], та має наступне тлумачення національний контингент – військові підрозділи, оснащені відповідним озброєнням і військовою технікою, засобами підтримки і зв'язку, що направляються Україною для участі в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки, у тому числі у складі багатонаціональних військових формувань високої готовності військові підрозділи Збройних Сил України, інших військових формувань, котрі входять до складу об'єднаних військових підрозділів, що створюються спільно з іншими державами для участі у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки [3]. Хоча, в системі МВС присутні військові підрозділи, а саме підрозділи Національної гвардії України, як зазначено в статті 1 Закону України «Про Національну гвардію України» [11], Національна гвардія – військове формування з правоохоронними

функціями. Також, в пункті 4 статті 2 [11] зазначається наступне: «У порядку та на підставах, визначених законами України та міжнародними договорами України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, військовослужбовці Національної гвардії України можуть залучатися до участі в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки у складі національного персоналу або національного контингенту».

В Інструкції з підготовки та застосування національних контингентів, національного персоналу в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки, яка затверджена наказом Міністерством оборони України від 18.01.2016 №23 [12], зазначається що військові частини є формувачами національних контингентів. Також в документі [12] проводиться роз'яснення порядку попередньої та безпосередньої підготовки національного контингенту. Національні контингенти виконують завдання міжнародної операції згідно з її мандатом, визначеними керівництвом міжнародної операції завданнями, стандартними операційними процедурами (далі – СОП) / Standard operating procedures (SOP), правилами застосування і можливостями своїх сил та засобів, правилами застосування сили (у разі якщо ці правила не входять до СОП). На підставі СОП місії (багатонаціональних сил) штаб національного контингенту розробляє власну СОП, у якій визначаються (конкретизуються) завдання підпорядкованих підрозділів та порядок їх виконання.

Порівнявши документ [9],[10] та [11],[12] стає зрозумілим, що МВС України на сьогодні не планує залучати свої штатні підрозділи в складі міжнародних миротворчих контингентів. Натомість вводить поняття спеціальний зведений миротворчий підрозділ (далі - СЗМП) - окремий підрозділ, що створюється та направляється до місії згідно із запитом міжнародної організації, що здійснює керівництво місією, або на підставі двосторонніх чи багатосторонніх міжнародних договорів України. СЗМП комплектується поліцейськими і військовослужбовцями Національної гвардії України. Чисельність, порядок матеріально-технічного забезпечення та структура СЗМП визначаються МВС з урахуванням вимог міжнародної організації, що здійснює керівництво місією [10].

На думку авторів, залучення до виконання завдань в міжнародних миротворчих операціях штатного військового підрозділу з правоохоронними функціями від НГУ в якості національного контингенту буде мати позитивний характер. А саме набутий досвід під час участі в міжнародних миротворчих операціях може бути використаний для навчання інших підрозділів виконанням завдань за принципами та стандартами НАТО. Цей досвід може знадобитися як під час виконання завдань в зоні проведення ООС, так і після закінчення активної фази звільнення непідконтрольних територій для встановлення миру пост конфліктний період.

Як приклад, на базі одного із батальйонів оперативного призначення Національної гвардії України можна зробити підрозділ для участі в міжнародних миротворчих операціях з підтримання миру та безпеки, при цьому цей підрозділ можна заявити як національний контингент від України, провівши відповідну його стандартизацію та сертифікацію за міжнародними нормативними документами. Даний підрозділ можна використовувати в міжнародних миротворчих операціях як військового характеру, так і в операціях поліцейського характеру.

Наступним, на що хотілося звернути увагу, є Меморандум про розуміння між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй стосовно участі в системі резервних угод ООН, підписаний Україною та ООН в 1997 році [12], в якому визначено ресурси від України для залучення в міжнародні миротворчі місії під егідою ООН.

Відповідно до Меморандуму [13], Україна зголосилась надати у розпорядження:

- військові спостерігачі – 15 осіб (час на відповідь щодо готовності – 20 днів);
- обслуговуючий військовий персонал – 10 осіб (час на відповідь – 20 днів)
- військові міліціонери – 5 осіб (час на відповідь – 20 днів);
- транспортна повітряна ескадрилья – 70 осіб (час на відповідь – 15 днів);
- захищений піхотний батальйон (12 окремих аеромобільний батальйон державного захисту) – 586 осіб (час на відповідь – 30 днів) [13].

З Меморандуму [13] стає очевидним про невелику кількість заявленого ресурсу від України для залучення в міжнародні миротворчі місії під егідою ООН. Документ [13] досі є чинним. Проте положення документу [13] не поширюються на цивільний персонал.

Щодо підготовки кадрів для миротворчих операцій, то на сьогодні в Україні діють Спеціальний миротворчий центр Національної академії внутрішніх справ України та Навчально-науковий центр міжнародної миротворчої діяльності Національного університету оборони України ім. І. Черняхівського, які займаються спеціалізованою підготовкою фахівців миротворчих місій.

У 2013 році Україна увійшла в десятку країн, які отримали міжнародний сертифікат відповідності ООН, тобто Україна набула право на підготовку кадрів для міжнародної поліції ООН [14].

Нині в Україні практично відсутня система підготовки цивільних фахівців для миротворчих операцій. Водночас розширення участі цивільного персоналу може збільшити присутність української сторони в міжнародному миротворчому процесі та надати додаткові можливості для налагодження майбутніх взаємовигідних контактів у країнах перебування нашого миротворчого персоналу [15].

Після проведеного аналізу нормативно-правових документів, які регулюють миротворчу діяльність України, стало зрозуміло про пріоритетність військового компоненту, та неузгодженість військового та поліцейського компонентів можливих місій. На відміну від Стратегії міжнародної миротворчої діяльності [7], яка відображає лише «питань організації взаємодії з поліцейським і цивільним миротворчим персоналом», Закон України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» [6], а також Указ Президента України «Про Порядок розгляду пропозицій щодо участі України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки» розкривають порядок залучення персоналу, матеріально-технічних ресурсів, надання відповідних послуг, які необхідні для проведення міжнародних операцій з підтримання миру і безпеки [16].

Ще одним документом, який потребує оновлення, є Каталог можливостей України щодо підтримки міжнародних миротворчих операцій та навчань [17], затверджений у 2012 році. У ньому зазначається, що «найбільш вагомим елементом міжнародної миротворчої діяльності України залишаються Збройні Сили України, що мають відповідні матеріально-технічні ресурси, досвідчені кадри та напрацьовану систему співробітництва з міжнародними структурами щодо організації та проведення заходів миротворчої діяльності в сучасних умовах», не беручи до уваги правоохоронні органи України. Важливим є те, що цей Каталог [17] затверджений спільним наказом Міністерства оборони, Міністерства фінансів, Міністерства інфраструктури, Міністерства внутрішніх справ, Міністерства охорони здоров'я, Міністерства економічного розвитку і торгівлі, Міністерства екології та природних ресурсів, Служби безпеки України, Адміністрації Державної прикордонної служби України. Більше того, документ [17] взагалі не розглядає можливості та інфраструктуру правоохоронних органів України.

Отже, як ми бачимо, велика кількість документів, що регламентують міжнародну миротворчу діяльність част-

ково, або в повній мірі не відповідають умовам сьогодення та потребують видання в новій редакції чи доповнення.

Показовим є той факт, що більшість підзаконних актів України посилається саме на Закон «Про участь України в міжнародних миротворчих операціях» [6], а не на Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України [7]. Стратегія [7] фактично залишається ситуативним документом, про який мало хто згадує.

Висновки. Отже, усвідомлюючи свою відповідальність у справі підтримання міжнародного миру і безпеки, враховуючи зобов'язання як держави – члена Організації Об'єднаних Націй та Організації з безпеки і співробітництва в Європі, поглиблюючи співробітництво у сфері безпеки з Європейським Союзом та Організацією Північноатлантичного договору, Україна розглядає участь у міжнародній миротворчій діяльності як важливу складову своєї зовнішньої політики.

По-перше, на сьогодні потребує повного переопрацювання Стратегія миротворчої діяльності України. Основними питаннями на які потрібно звернути увагу: мета міжнародних миротворчих операцій, яка на сьогодні зазначена в законі України (мир), потрібно відобразити в новій редакції стратегії; переглянути питання щодо можливостей створення та застосування багатонаціональних миротворчих контингентів на території України; збільшення участі України в міжнародних миротворчих операціях ЄС; визначення рівня пріоритетності для України міжнародних миротворчих операцій; створення спеціального центру з підготовки міжнародних контингентів на території України.

По-друге, потрібно переглянути перелік можливостей та умови розширення залучення поліцейського та цивільного персоналу до миротворчих операцій, в якості національного контингенту та персоналу, в першу чергу, під егідою ООН, і включення відповідних компонентів до нової Системи зі створення та визначення готовності сил до застосування в операціях ООН з підтримання миру та безпеки.

Із цією метою для вдосконалення механізму регулювання участі сил Безпеки України у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки пропонуємо такі рекомендації:

1) доповнити наказ МВС від 31.07.2019 № 639 після слів національний персонал словами «і національний контингент»;

2) доповнити розділ I пункт 2 положення про національний персонал із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України наступним – до національного

контингенту належать військові підрозділи Національної гвардії України, оснащені відповідним озброєнням і військовою технікою, засобами підтримки і зв'язку, що направляються Україною для участі в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки;

3) доповнити завдання, які зазначені визначенні в розділ II пункті 1 положенні про національний персонал із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України затверджену наказом МВС від 31.07.2019 № 639, відповідно до мети операцій з підтримання миру та безпеки, що зазначається в законі України «Про участь України в міжнародних операціях з підтримання миру та безпеки» з урахування доповнень в розділ I наказу МВС від 31.07.2019 № 639 стосовно національного контингенту;

4) доповнити Порядок використання коштів резервного фонду бюджету, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 29 березня 2002 р. № 415, в статті 6 підпунктом «а» заходів, пов'язаних із підготовкою національного контингенту та національного персоналу України, які направляються для участі у міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки;

5) переопрацювати та видати в новій редакції Стратегію миротворчої діяльності України затверджену Указом Президента України від 15 червня 2009 р. № 435/2009., яка б відповідала умовам сьогодення;

6) внести зміни до розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 липня 2006 р. N 398-р «Про заходи щодо забезпечення підготовки миротворчих контингентів і миротворчого персоналу», а саме у статті 1 в другому абзаці після слів Збройних Сил доповнити словами Національної поліції та Національної гвардії;

7) відпрацювати спільний наказ для МО та МВС для спільної підготовки підрозділів, які плануються для залучення до міжнародних операцій з підтримання миру та безпеки;

8) створити на базі штатного батальйону оперативного призначення НГУ миротворчий батальйон з підтримання миру та безпеки, провести його сертифікацію та стандартизацію у відповідності до міжнародних стандартів для використання в якості національного контингенту;

9) у зв'язку з анексією Криму та кризовій ситуації на сході України переглянути та оновити Наказ «Про затвердження Каталогу можливостей України щодо підтримки міжнародних миротворчих операцій та навчань», № 46/810/385/605/501/781/336/284/519 від 07.07.2012.

ЛІТЕРАТУРА

1. Статут Організації Об'єднаних Націй / департамент громадської інформації ООН. Київ, 2008. 69 с.
2. Thakur R. The United Nations, Peace and Security. From Collective Security to the Responsibility to Protect/ Ramesh Thakur. Cambridge University Press, New York, 2006. 402 p.
3. Ковтун О.Ю. Миротворча діяльність ООН у XXI столітті. Актуальні проблеми міжнародних відносин. 2011. Вип. 96. С. 118–122.
4. Бані-Насер Фаді, Гріненко О. О. Миротворчі операції ООН: теорія і практика. Проблеми міжнародних відносин. 2015. Вип. 4. С. 24–36.
5. Історія участі. <https://smc.naiu.kiev.ua/istoriya-uchasti.html> (дата звернення: 12.02.2021).
6. Про участь України в міжнародних миротворчих операціях: Закон України від 23.04.1999 р. № 613-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/613-14> (дата звернення: 12.01.2021).
7. Про Стратегію міжнародної миротворчої діяльності України: Указ Президента України від 15.06.2009 р. № 435-2009. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/n0007525-09> (дата звернення: 12.02.2021).
8. Згуровець В.Г., Сафощкіна Л.В., Калачова В.В. Перспективи миротворчої діяльності України та шляхи вдосконалення механізму правового регулювання участі Збройних Сил України у миротворчих операціях/ ISSN 2078-7480. Честь і закон № 1 (72)/2020. С. 42-43.
9. Наказ МВС від 31.07.2019 № 639 «Про участь національного персоналу в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки».
10. Додаток до наказу від 31.07.2019 № 639 «Положення про національний персонал із числа поліцейських, військовослужбовців Національної гвардії України».
11. Закон України «Про Національну гвардію України» від 13.04.2014 р. №876-VII, URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/876-18> (дата звернення: 18.02.2021).
12. Інструкція з підготовки та застосування національних контингентів, національного персоналу в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки затверджена наказом Міністерством оборони України від 18.01.2016 № 23.
13. Меморандум про розуміння між Урядом України та Організацією Об'єднаних Націй стосовно участі в системі резервних угод ООН від 06.08.1997 року.
14. Міжнародна миротворча діяльність МВС України. <http://www.naiu.kiev.ua/smc/index.php/ua/mizhnarodna-myrotvorcha-diialnistmvs-ukrainy.html>.
15. Котелянець О. Цивільна складова міжнародних миротворчих місій: порядок денний для України. Аналітична записка. Національний інститут стратегічних досліджень. 2011. <http://www.niss.gov.ua/articles/841>.
16. Указ Президента України Про Порядок розгляду пропозицій щодо участі України в міжнародних операціях з підтримання миру і безпеки. 1 лютого 2000. <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/153/2000>.
17. Наказ «Про затвердження Каталогу можливостей України щодо підтримки міжнародних миротворчих операцій та навчань», № 46/810/385/605/501/781/336/284/519 від 07.07.2012.

ПРАВОВА ІДЕОЛОГІЯ ЯК МЕХАНІЗМ КОНСТРУЮВАННЯ ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ**LEGAL IDEOLOGY AS A CONSTRUCTIONS MECHANISM OF THE LEGAL STATE**

Маркович Х.М., асистент
кафедри цивільного права та процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Статтю присвячено комплексному теоретичному дослідженню ролі правової ідеології у формуванні правової держави. Особливу увагу приділено ідеї правової держави як гаранта дотримання основних демократичних принципів. Розглянуто ідеологічні орієнтири розвитку цінностей та ідеалів, які впливають на правову політику держави. Показано, що правова ідеологія виступає основою системи державних і громадських інституцій та самостійним чинником державотворення. Вона зображає стан правової системи, основні здобутки юридичної науки та бажане правове майбутнє. У статті розглянуто практичну значущість правової ідеології у продукуванні демократичних цінностей і визначенні цілей правового розвитку держави. Встановлено, що правова ідеологія виступає важливим складником сучасної публічної сфери життя. Вона поєднує систему цінностей, ідей, принципів, програм, концепцій, які впливають на формування та вдосконалення правової бази. Наголошено, що правова держава повинна мати розвинену правову ідеологію, яка виражає інтереси народу, нації та суспільства загалом. Головна увага звертається на права людини та систему їхніх гарантій як рівня розвитку свободи та демократії в суспільстві. Є підстави констатувати, що статус правової держави детермінує високий рівень соціального захисту кожного громадянина без дискримінації за будь-якою ознакою. Наголошено на важливості індивідуальної та суспільної моралі для формування правової держави. Регулювання правових відносин на основі моральних ідеалів вказує на підвищену моральну цінність права. Доведено, що центральне місце в правовій державі повинне належати людині, її правам та інтересам. Основною метою державної правової політики виступає абсолютне гарантування та захист прав і свобод людини. Констатовано, що для створення ефективних засобів захисту цих цінностей необхідною є активна діяльність органів державної влади, громади й кожного особисто. Доведено, що правова ідеологія сприяє розвитку демократичних інститутів сучасної правової держави та визначенню концептуальних засад майбутнього правового розвитку.

Ключові слова: правова ідеологія, правова держава, правова політика, права людини, демократія.

The article is devoted to a comprehensive theoretical study of the legal ideology role in the legal state formation. Particular attention is paid to the idea of the legal state as a guarantor of basic democratic principles. Ideological guidelines for the development of values and ideals that influence the legal policy of the state are considered. It's shown that legal ideology is the basis of the system of state and public institutions and an independent factor in state formation. It reflects the state of the legal system, the main achievements of legal science, and the desired legal future. The article considers the practical significance of legal ideology in the production of democratic values and defining the goals of state legal development. It is established that legal ideology is an important component of modern public life. It combines a system of values, ideas, principles, programs, concepts that influence the formation and improvement of the legal framework. It is emphasized the legal state must have a developed legal ideology that expresses the interests of the people, nation, and society as a whole. The main attention is paid to human rights and the system of their guarantees as a development level of freedom and democracy in society. There is reason to state that the status of a state governed by the legal state determines a high level of social protection of every citizen without discrimination on any grounds. The importance of individual and public morality for the formation of the law rule is emphasized. Regulation of legal relations based on moral ideals indicates the increased moral value of the law. It is proved that the central place in the legal state should belong to the person, his rights, and interests. The main purpose of state legal policy is the guarantee and protection of human rights and freedoms. It is stated that to create effective means of protection of these values, the active activity of public authorities, the community, and each individual is necessary. It is proved that legal ideology contributes to the development of democratic institutions of the modern legal state and the definition of the conceptual foundations of future legal development.

Key words: legal ideology, legal state, legal policy, human rights, democracy.

Постановка проблеми. Сьогодні в Україні великого значення набуває необхідність ґрунтовного наукового переосмислення низки актуальних ідеологічних і правових питань щодо розвитку держави. Одним із них постає становлення правової держави, що неможливе без удосконалення інститутів і структур, покликаних забезпечити свободу, демократію, права та інтереси людини. Це складні проблеми, які вимагають не тільки інституціонально-правових змін, а й ідеологічної та моральної переорієнтації суспільства. На розв'язання цих завдань необхідне формування комплексу правових, соціальних, політичних, економічних засобів. Однак особливу роль у цій системі, на наше переконання, варто відвести ідеологічним засобам, а саме правовій ідеології. Наявність чіткого ідеологічного обґрунтування державотворчих процесів, світоглядних основ суспільного розвитку відіграє вагомий роль у визначенні національної стратегії щодо розбудови правової держави та демократизації суспільства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Аналіз наукового доробку вітчизняних і зарубіжних дослідників показав, що проблема побудови правової держави актуальна протягом усього історичного процесу та висвітлюється з моменту народження держави як особливої структури управління суспільними відносинами. Дослідженням правової ідеології та її функціонуванням у суспільстві

займалися такі науковці, як: М.С. Кельман, М.І. Козюбра, В.В. Костицький, В.С. Лісовий, Л.А. Морозова, І.В. Музика, О.В. Петришин, А.С. Романова, П.М. Рабінович, В.Л. Толстенко, Ю.С. Шемшученко та інші. Теоретичне підґрунтя нашого наукового пошуку становлять праці: В.Н. Бутиліна, І.Д. Варкальця, О.В. Грищук, А.І. Луцького, Н.П. Недохи, А.С. Романової, Т.О. Чепульченко.

Мета дослідження полягає в з'ясуванні практичної значущості правової ідеології, її ціннісних пріоритетів, у забезпеченні прав і свобод людини та громадянина та формуванні правової держави загалом.

Виклад основного матеріалу. Ефективна діяльність держави як головного суб'єкта управління соціальними, правовими, економічними, політичними процесами значною мірою залежить від вибору науково обґрунтованих орієнтирів розвитку, цінностей та ідеалів. В останні роки на пострадянському просторі, зокрема в Україні, відроджується значення правової ідеології як конструювального елемента досконалої моделі правової держави. Процес її еволюції ґрунтується на верховенстві права, пріоритеті прав і свобод людини та громадянина, розподілі влади, належному рівні правової культури, морально-етичному потенціалі суспільства. Передусім варто висвітлити зміст поняття правової ідеології, що допоможе розкрити її роль у наповненні правового простору демократичними

цінностями. Н.П. Недоха розглядає правову ідеологію як суспільне явище, юридичну категорію, структурний елемент правосвідомості, складник ідеологічної функції держави, теоретичну основу державної правової політики [1, с. 301]. Погоджуючись із думкою науковця спостерігаємо, що основою правової ідеології як систематизованого знання є норма права, яка спрямована на регулювання суспільних відносин. З огляду на це правова ідеологія виступає необхідним і важливим складником сучасної публічної сфери життя. Вона поєднує в собі систему цінностей, ідей, принципів, програм, концепцій, які впливають на формування та вдосконалення правової бази. Правова ідеологія фактично зображає стан правової системи, основні здобутки юридичної науки та бажане правове майбутнє.

У сучасний період особливої актуальності набувають ідеї демократичної правової держави та інші концепції, пов'язані з реалізацією універсальних правових принципів. Це пояснюється закріпленням у Конституції України нових концептуальних положень правової політики, що відбивають ідеологію демократичної, соціальної, правової державності. Характерно, що правова держава повинна мати розвинену правову ідеологію, яка виражає об'єктивні правові потреби, інтереси народу, нації та суспільства загалом. Правову державу можна розглядати як важливу ідею, що входить у зміст правової ідеології сучасної держави, яка становить значну цінність у межах правової системи. Також про неї можна говорити як про елемент соціальної дійсності, на створення якої орієнтовано правові системи та їхню правову ідеологію.

Сьогодні для кожної держави, яка проголосила себе правовою, великого значення набувають розроблення та запровадження дієвих юридичних механізмів та гарантій забезпечення й захисту прав і свобод людини. З огляду на це ідеал верховенства права, як основна демократична цінність, став чи не одним із найважливіших світових орієнтирів. Ідея верховенства права виступає інтегруючим ідеалом сучасної правової держави, яка проєктується через визнання природних прав людини, популяризацію правової культури в соціумі. Спираючись на цей принцип, правова ідеологія держави формується на загальнолюдських цінностях, демократії, повазі до прав і свобод людини.

Роль правової ідеології у формуванні правової держави досліджував А.І. Луцький, наголошуючи на її безпосередній участі у продукуванні правових принципів. Окрім того, участь правової ідеології простежується у сприянні утвердженню режиму законності, стимулюванні правомірної поведінки індивідів, підтримці правопорядку в державі, обстоюванні й захисті громадянами своїх прав та інтересів. На думку науковця, українська держава тільки прямує до соціально-правового державного ладу, хоча чимало законодавчих норм відповідають європейським взірцям романо-германської правової сім'ї. Науковець показав роль правової ідеології у скеруванні країни до соціально-правового державного ладу, для якого характерними є функції: соціального захисту та забезпечення; забезпечення зайнятості населення; надання соціальних послуг; згладжування соціальної нерівності; проведення державної соціальної політики; правового забезпечення інтересів людини [2, с. 314]. Звичайно, це не весь перелік напрямів, які повинні реалізовуватися та функціонувати в правовій державі. Проголошення основних прав і свобод людини неможливо поза межами правової держави, оскільки вона відповідає перед громадянами за забезпечення свободи, недоторканності особи та її приватного життя, дотримання прав і законних інтересів кожного. Безперечно, для виконання однієї з головних функцій – забезпечення прав і свобод людини та громадянина, правова держава повинна володіти дієвою системою гарантій, які виступають показником зрілості правової свідомості населення та демократичності суспільства.

Правові гарантії прав і свобод людини містяться в різних галузях права, але фундаментальними для них є принципи гуманізму, справедливості, законності, рівності. Конституційно-правові гарантії виступають базисним гарантуванням прав громадян, за якими можна оцінювати реальність декларованих прав. Однак, попри гарантування широкого кола соціальних та громадянських прав і свобод, для особи важливий їхній зміст і характер. Це прямо залежить від правової ідеології, яку обирає держава для свого розвитку. Так само Т.О. Чепульченко, досліджуючи правову державу як гаранта дотримання основних демократичних прав людини, акцентує увагу на їхній непопущеності, соціально-правовій захищеності громадян, що забезпечується широкою системою гарантій, реальності судового захисту як найважливішого індикатора правового характеру держави та демократичності суспільства. Згідно з науковою позицією автора, тільки держава, яка спроможна максимально забезпечити захист прав людини та зробити його своєю пріоритетною функцією, може називатися правовою [3, с. 110]. Це свідчить про те, що в основу ідеї правової держави покладено права і свободи людини, а ставлення держави до них є показником рівня розвитку свободи та демократії в суспільстві. Особа повинна бути впевненою в захисті своїх прав у будь-якій сфері суспільних відносин. Безперечно, проблема реалізації та захисту суб'єктивних прав є не тільки правовою. Вона тісно корелює з економічним становищем суспільства, рівнем розвитку демократії, духовним потенціалом. Основу правової держави повинні становити загальнолюдські цінності, демократичні принципи, нові погляди та підходи до правових явищ, раціональне поєднання інтересів особи, суспільства та держави, зважаючи на принцип визнання людини найвищою соціальною цінністю. Це сприятиме розвитку демократичних інститутів і процвітанню держави в усіх сферах. Змушені визнати, що не досить тільки проголошення держави демократичною, важливим є забезпечення діяльності всіх її правових інститутів реальними гарантіями демократизму. У цьому аспекті поняття демократичної держави нерозривно пов'язане з поняттям правової держави.

Варто зазначити, що в наукових джерелах концепт демократії розглядається різнобічно, зокрема як система особливих політичних і правових інститутів, як процес реалізації демократичного ідеалу. Проте, зважаючи на етимологію цього поняття, потрібно зазначити, що феномен демократії пов'язаний не тільки з владою, а й зі суспільством. Однією з основних цінностей демократії вважаємо обмеження державної могутності щодо громадянського суспільства, а звідси – гарантування пріоритету прав людини над правами держави. Тому погоджуємося з думкою Б.І. Стахури щодо потреби встановлення правильних і гуманних взаємин між державою та особою шляхом створення громадського союзу, побудованого на праві та законі. Першоумовою такого союзу є налагодження правового механізму захисту людини від порушення її прав [4, с. 49]. На функціональній взаємодії людини й держави акцентує увагу А.С. Романова. На цінну думку науковця, саме злагоджена дія державного суспільства є запорукою формування правової держави. Останню автор розглядає як середовище гармонійного існування людини, у якому необхідно, щоб усі, зокрема й держава, дотримувались законів, які повинні відповідати вимогам права та правам і свободам людей. Тому дослідниця цілком слушно називає безумовне дотримання невіддільних прав і свобод людини, які є «над» будь-яким нормативно-правовим актом держави, першим принципом правового стану держави [5, с. 215]. Є підстави констатувати, що статус правової держави детермінує високий рівень соціального захисту кожного громадянина без дискримінації за будь-якою ознакою. Отож факт існування демократії вказує на її очевидну життєздатність. Демократія, як ідея,

принцип, спроможна реально функціонувати у разі сприйняття її як загальносуспільного блага, за умови існування інтересу до базових цінностей демократичного суспільства. Дотримання демократичних цінностей, посилення законності, правопорядку, створення державних установ, спрямованих на захист громадянських прав, декларується основним фактором державної правої політики та соціальних перетворень. А значення правової ідеології в цих процесах убачається в її пов'язаності із соціокультурними, правовими, морально-етичними засадами функціонування суспільства, державним будівництвом, звичаями, традиціями, менталітетом народу.

Характерним для правової держави є високий рівень індивідуальної та суспільної моралі. Оскільки, зміцнюючи моральність, суспільство зміцнює право й навпаки. Завдяки такій взаємодії можна скоротити шлях до правової держави, моральну основу якої формують загальнолюдські принципи гуманізму, справедливості, рівності та свободи особистості, її честі та гідності. Правова держава затверджує вищі моральні цінності людини, забезпечує їхню визначальну роль у суспільному житті, заперечує свавілля та насильство над особою. Варто зазначити, що право та мораль відбиваються в етико-правових конструкціях прав людини, а саме цінностях життя, свободи, поваги. Правова ідеологія, будучи глибинним духовним явищем, сприяє становленню правової держави та громадянського суспільства, збагачує свідомість індивіда та суспільства загалом, виступає духовним фундаментом для розбудови демократичної, правової держави [6, с. 110]. Духовне значення ідей полягає в тому, що вони виробляють уявну модель належного розвитку та вдосконалення правової дійсності. Говорячи про формування взірця досконалої правової держави, сьогодні необхідно розширити уявлення про її духовно-моральну сферу, у якій формуються морально-правові цінності у вигляді ідей, ідеалів, цілей, принципів, норм. Є підстави вважати, що такі моральні категорії, як гуманізм, соціальна справедливість, совість, людська гідність, відповідальність є духовними опорами правого життя суспільства. А регулювання правових відносин на основі правових і моральних ідеалів свідчить про підвищену моральну цінність права. Саме моральний вимір права є невіддільною умовою для його вдосконалення та зміцнення гуманістичних орієнтацій. Цих поглядів дотримується також І.Д. Варкалець, вказуючи на обов'язкову орієнтованість правової ідеології на узвичаєні людські цінності та етичну зрілість. Як уважає дослідник, правова ідеологія сприяє створенню таких умов для учасників суспільних відносин, які поліпшували б реалізацію їхніх прав, свобод та інтересів. Однією з найважливіших її особливостей є зображення прогресивних ідейних поглядів своєї епохи, з врахуванням позитивного соціально-історичного досвіду суспільства, у якому вона формується [7, с. 49]. У контексті нашого дослідження хочемо наголосити на ідеологічних гарантіях основних прав і свобод громадян, які, на думку В.Н. Бутиліна, передбачають систему ідей, поглядів, культурних цінностей, основаних на вірі в добро та справедливість. До них науковець відносить заборону на розпалювання соціальної, расової, національної та іншої ворожнечі, свободу літературної, художньої, наукової та інших видів творчості [8, с. 98]. Реалізація ідеологічних гарантій сприяє підвищенню рівня правової культури в державі та індивідуальної й суспільної правосвідомості. До ідеологічних гарантій заведено відносити наявні в суспільстві етичні погляди, моральні норми, що проголошують недоторканність особи. Тому утвердження ідеологічної основи безпосередньо пов'язане з правом, яке виступає однією з визначальних конституційних цінностей і повинне базуватися на ідеологічних принципах держави відповідно до суспільних потреб. Саме на правовій основі буде створена суверенна держава й затверджується непорушність її конституційних демократичних ціннос-

тей. Безперечно, правовою державою вважається така держава, у якій юридичними способами забезпечується захист основних прав і свобод людини, а реальність цих прав, верховенство права, законність є найважливішими її постулатами.

Проголошені в Конституції України права та свободи покладають на державу низку обов'язків щодо забезпечення належного функціонування відповідних установ. До останніх належать суди, прокуратура, органи державної влади, інститут Уповноваженого з прав людини та багато іншого. Зокрема, здійснення громадянами своїх конституційних прав значно залежить від функціонування виконавчої влади, оскільки саме вона зобов'язана забезпечити необхідні матеріальні та організаційні умови для реалізації прав громадян. Усе це покликане забезпечити визнання та реальне здійснення прав і свобод людини в країні на рівні міжнародних вимог. Тому є підстави стверджувати, що ідеї прав людини властивий міжнародний характер, оскільки їх дотримання є однією із засад світобудови. Конституція України, як ідеологічний документ, закріпила всі відомі світовій практиці права і свободи, однак для реалізації багатьох із них необхідне створення належних умов і чітких механізмів. Роль Конституції полягає у вираженні системи цінностей, які мають фундаментальне значення для суспільства, держави, народу та кожної особистості. Пріоритет прав та інтересів людини в сучасному світі є показником високого рівня правової ідеології. Саме вона підвищує рівень правопорядку, оцінює наявні правові відносини та сприяє чіткому розумінню особою своїх прав і обов'язків.

Правова ідеологія, яка є ціннісним феноменом, заведено розглядати як домінуючий розвитку та функціонування правової держави, критерієм правого прогресу, одним з інструментів зміни правової дійсності. Погоджуємося з цінною думкою О.В. Гришук щодо безпосередньої участі правової ідеології у визначенні цілей правового розвитку держави, формуванні правових засад законодавчого поля, обґрунтуванні та оцінці існуючих правових відносин, стимулюванні виникнення корисних правовідносин для держави та суспільства. У цьому аспекті варто розглянути практичну значущість правової ідеології, яка виражається у: формуванні професійної свідомості юридичного корпусу в певній національній правовій системі; визначенні пріоритетів і напрямів розвитку правової політики; підвищенні престижу та значенні права, що сприяє цивілізованій формі розв'язання соціальних конфліктів [9, с. 77, 82]. Як бачимо, якісною особливістю правової ідеології є її практичний характер, завдяки чому вона трансформує цінності, розроблені в теоретичній концепції в практичне застосування. Тому можна з упевненістю сказати, що в такий спосіб правова ідеологія бере участь у формуванні правової держави, оскільки під час впливу на державні інститути, правові відносини, нормотворчі процеси здійснюється вплив на державу загалом.

Сучасні демократичні ідеали, правовий розвиток цивілізації дають підстави вважати правову ідеологію структурним елементом державницької ідеології, яка виражає волю та інтереси громадян і суспільства загалом. Однак, зважаючи на норму ст. 15 Основного Закону, яка говорить про багатоманітність ідеологій і невизнання державою жодної з них як обов'язкової, А.І. Луцький пропонує оновлений варіант державницької ідеології – ідеологію державної демократії. На думку науковця, така ідеологія повинна впроваджувати бажані демократичні ідеали у правову дійсність, тобто забезпечувати їхню практичну реалізацію. Дослідник уважає особливістю сучасної правової ідеології як складника ідеології державної демократії готовність держави нести відповідальність за функціонування правової системи. Саме це є принциповою відмінністю сьогодення від часів, коли громадяни підлаштовувалися під державу та панівну в ній ідеологію. Такі досягнення демонструють упевнені кроки в забезпеченні комфорту

особи, а отже – її прав та інтересів [2, с. 108]. Сьогодні роль правової ідеології в конструюванні правової держави є унікальною, оскільки вона не тільки впливає на різні правові інститути держави, але й часто сама є основою для ухвалення юридично значущих рішень у формі правових норм. А правова держава, власне кажучи, передбачає ідеал правової норми як віддзеркалення належного правового регулювання суспільних відносин.

Висновки. Результати здійсненого аналізу дають змогу дійти висновку щодо вагомості ролі ціннісних ідеологічних установок у формуванні державної правової політики. Сучасна правова держава на центральне місце висуває людину, її права та свободи, які виступають відправним пунктом для подальших правових перетворень. Наявність державної правової ідеології сприяє послідовному й ефек-

тивному реформізму. Концентруючи в собі юридичні цінності, правова ідеологія сприяє розвитку демократичних інститутів сучасної правової держави та визначенню концептуальних засад майбутнього правового розвитку. Основною метою державної правової політики виступає абсолютне гарантування та захист прав і свобод людини. Для створення ефективних засобів захисту цих цінностей необхідно є активна діяльність органів державної влади, громади й кожного особисто. Ідеологічними підвалинами правової держави повинні виступати виховання у свідомості громадян шанобливого ставлення та поваги до права й закону. Варто зазначити, що ідеал правової держави ніколи неможливо досягнути остаточно, оскільки кожна держава стикається з колом питань, на розв'язання яких вона скеровує юридичні, політичні, ідеологічні механізми.

ЛІТЕРАТУРА

1. Недюха М.П. Правова ідеологія: основні теоретико-методологічні підходи до визначення поняття. *Публічне право*. 2012. № 3 (7). С. 299–306.
2. Луцький А.І. Правова ідеологія в українському державотворенні: теорія і практика : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.01; Відкритий міжнародний університет розвитку людини «Україна». Київ, 2015. 426 с.
3. Чепульченко Т.О. Правова держава як гарант дотримання основних демократичних принципів та прав людини у суспільстві. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2012. Вип. 2(14). С. 110–114.
4. Стахура Б.І. Роль органів державної влади у забезпеченні прав людини і громадянина в демократичному суспільстві: теоретико-правовий вимір : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01; Львівський державний університет внутрішніх справ. Львів, 2016. 180 с.
5. Романова А.С. Державне суспільство в природно-правовому просторі. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: *Юридичні науки*. 2015. № 825. С. 212–216.
6. Маркович Х.М. Функціональне призначення правової ідеології: теоретико-правовий аналіз. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: *Юридичні науки*. 2017. № 865. С. 108–115.
7. Варкалець І.Д. Вплив правосвідомості на реалізацію функцій права: дис. ... д-ра філософії : 081 «Право»; Приватний вищий навчальний заклад університет короля Данила. Івано-Франківськ, 2020. 244 с.
8. Бутылин В.Н. Государственно-правовой механизм охраны конституционных прав и свобод граждан : монография. Челябинск : Челяб. юрид. ин-т МВД России, 2001. 177 с.
9. Гришук О.В. Філософія конституційних цінностей : монографія. Київ : «Компанія ВАІТЕ», 2019. 416 с.

СПІВВІДНОШЕННЯ ГЛОБАЛЬНОГО ТА НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ

CORRELATION GLOBAL AND NATIONAL LEGAL REGULATION

Матяшовська Р.Ю., к.ю.н.,

доцент кафедри теорії та філософії права, конституційного та міжнародного права

*Інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Статтю присвячено аналізу взаємодії та домінування національного та глобального у правовому регулюванні. Вказано, що глобалізація первинно виникла як реакція на економічну взаємодію держав у сфері торгівлі. Проте нині вона охоплює набагато ширші сфери, не оминаючи політичного, правового, управлінського, культурно-економічного складників.

Констатовано, що сьогодні можна вказати, що національні держави віддають частину свого суверенітету та повноти влади добровільно міжнародним інституціям. Особливістю є те, що передача повноважень відбувається заради загального добробуту, захисту прав і свобод людини, демократизації суспільства.

Теоретично базуючись на суверенітеті нації, міжнародне право дедалі більше спрямоване на згортання суверенітету національної держави. Для прикладу, судді національних судів покликані виносити рішення, що не суперечить інтересам країни. Члени міжнародних судів і трибуналів переглядають рішення національних судів.

Також глобалізація державно-політичного устрою відбувається через створення та приєднання до єдиних міжнародних еталонів і стандартів. Держави намагаються уніфікувати свої норми із загальноприйнятими, апробованими світовим співтовариством правилами поведінки заради досягнення глобальної мети. Прикладом можуть бути розроблені та погоджені на загальному рівні цілі. Серед останніх Цілі сталого розвитку 2030.

Проте, незважаючи на існування наднаціональних органів і тенденцію до втрати державами суверенітету, вказувати про активну правову глобалізацію чи про суттєвий прогрес у створенні єдиної глобальної держави або права ми поки що не можемо. Вказане можна продемонструвати через дієвість конституційних норм. Вони визначають, наскільки міжнародне право імплементується в національне право.

Доведено, що на сучасному етапі розвитку правової державності, правової системи утверджується дія двох протилежних правових векторів. З одного боку, держава віддає частину своїх суверенних прав у політичній, гуманітарній, економічній та ідеологічній сферах заради формування єдиної глобальної системи норм, публічного глобального правопорядку. З іншого боку, така передача відбувається суто добровільно, відповідно до встановлених національним конституційним правом вимог.

Ключові слова: глобалізація, правова глобалізація, правове регулювання, суверенітет, національне право.

The article is devoted to the analysis of interaction and dominance of national and global in legal regulation. It is pointed out that globalization initially arose as a reaction to economic cooperation between states in the field of trade. However, today it covers much wider areas without avoiding the political, legal, managerial, cultural and economic components.

It is stated that today it can be stated that nation-states give part of their sovereignty and fullness of power voluntarily to international institutions. The peculiarity is that the transfer of power is for the common good, protection of human rights and freedoms, democratization of society.

Theoretically, based on the sovereignty of the nation-state, international law is increasingly aimed at curtailing the sovereignty of the nation-state. For example, judges of national courts are called upon to make decisions that are not contrary to the interests of the country. Members of international courts and tribunals review the decisions of national courts.

Also, the globalization of the political system occurs through the creation and accession to common international standards and standards. States are trying to unify their norms with the generally accepted rules of conduct approved by the world community in order to achieve a global goal. By way of example, general goals can be developed and agreed upon. Among the latest 2030 Sustainable Development Goals. Among the latter are the 2030 Sustainable Development Goals.

However, despite the existence of supranational bodies and the tendency for states to lose their sovereignty, we cannot yet point to active legal globalization or significant progress in the creation of a single global state or law. This can be demonstrated through the effectiveness of constitutional norms. They determine the extent to which international law is implemented into national law.

It is proved that at the present stage of development of legal statehood, legal system the action of two opposite legal vectors is confirmed. On the one hand, the state gives part of its sovereign rights in the political, humanitarian, economic and ideological spheres for the formation of a single global system of norms, public global law and order. On the other hand, such transfer is exclusively voluntary, in accordance with the requirements established by national constitutional law.

Key words: globalization, legal globalization, legal regulation, sovereignty, national law.

Постановка проблеми. Глобалізація (англ. globalization) – це процес всесвітньої політичної, культурної та економічної інтеграції, тобто взаємне розширення, пристосування та об'єднання «чого-небудь» у єдине ціле [1, с. 193]. Глобалізація первинно виникла як реакція на економічну взаємодію держав у сфері торгівлі. Проте нині вона охоплює набагато ширші сфери, не оминаючи політичного, правового, управлінського, культурно-економічного складників.

Як вказує І. Жаровська, «сучасний етап демократичних перетворень в Україні характеризується загостренням політичних і соціальних суперечностей» [2, с. 242]. Наукові погляди на тенденції подальшого розвитку правової реальності різняться залежно від того, яке праворозуміння, понятійно-категоріальний апарат та аргументи взяті авторами до уваги. Одна з груп науковців мотивує тенденцію єдиного співтовариства, інша – вказує на пре-

рогativity національної системи правового регулювання. Такі розбіжності потребують додаткового комплексного аналізу.

Стан дослідження. Питаннями глобалізації займався багато дослідників – як вітчизняних, так і зарубіжних, зокрема: М. Арчер, П. Бергер, А. Васильєв, А. Гідденс, Г. Ігнатенко, І. Жаровська, І. Лукашук, Р. Міюллерсон, М. Олброу, О. Петришин, Є. Усенко, Л. Фрідман, С. Гантінгтон та інші. Проте нині все ж потребує синергетичного аналізу проблематика взаємодії національного та глобального, оскільки нині неможливо передбачити вектор розвитку правового регулювання та унормування суспільної реальності.

Виклад основних положень. Глобалізація або принаймні інтернаціоналізм є предметом наукової дискусії із середини XVIII ст. Німецький філософ Іммануель Кант писав про «розвиток універсальної спільноти з космопо-

літичними правами» [3]. Наш сучасник Френсіс Фукуяма писав у відомій книзі «Кінець історії» про глобалізацію як «відцентрову силу, що підштовхує до об'єднання світу завдяки національній суверенній силі, розвиток універсальної однорідної держави, де задовольняються всі потреби людини». Фукуяма також описав вплив глобалізації як «сигнал смерті для національних держав» [4]. Надалі в іноземній літературі також пропонується відійти від національного суверенітету та розуміти глобалізацію через організований світовий устрій.

Як указує М. Пендлетон, «глобалізація – це сучасна тенденція для людей, корпорацій та установ, щоб вийти за межі обмежень нації або цивілізації, до участі та ідентифікації, сертифікації зі світовим співтовариством. Це розширення набуває форми торгівлі, інвестицій, комунікацій, культури, спорту, спорідненості громадян, закону та інших контактів. Є схильна віра в право та обов'язок брати участь й ідентифікувати себе за межами своєї нації чи цивілізації. Це пов'язано зі свідомим або несвідомим скептицизмом щодо націоналізму, який веде до відмови від патріотизму як такого. Загалом, вона прагне до створення фундаменту на політичну основу для одного світу [5, с. 6].

Розглянемо ситуацію, яка склалася щодо сучасних тенденцій взаємодії глобального та національного. Сьогодні можна вказати, що національні держави віддають частину свого суверенітету та повноти влади добровільно міжнародним інституціям. Особливістю є те, що передача повноважень відбувається заради загального добробуту, захисту прав і свобод людини, демократизації суспільства.

Теоретично базуючись на суверенітеті нації, міжнародне право дедалі більше спрямоване на згортання суверенітету національної держави. Для прикладу, судді національних судів покликани виносити рішення, що не суперечить інтересам країни. Члени міжнародних судів і трибуналів переглядають рішення національних судів.

Як указує О. Сидоренко, «прикладом впливу глобалізації на правову систему держави є ухвалення 4 листопада 1950 р. в Римі десятима державами-членами Ради Європи (Бельгія, Великобританія, Німеччина, Данія, Ісландія, Італія, Люксембург, Нідерланди, Норвегія та Франція) Конвенції про захист прав людини й основних свобод і створення з метою забезпечення зобов'язань за Конвенцією 21 січня 1959 р. Європейського суду з прав людини для розгляду скарг про порушення цієї Конвенції. Ратифікація Європейської конвенції дозволяє всім особам, які перебувають під її юрисдикцією, звертатися до Європейського Суду, якщо вони вважають свої права порушеними. Це стосується і громадян України, що підтверджується ст. 55 Конституції України. Практика ЄСПЛ і функціонування європейської системи захисту прав людини наклали відбиток на підходи до розв'язання гострих проблем, що стоять перед суспільством» [6].

Також глобалізація державно-політичного устрою відбувається через створення та приєднання до єдиних міжнародних еталонів і стандартів. Міжнародно-правові стандарти – це міжнародно-правові норми та принципи, що закріплюють стандартизовані правила поведінки суб'єктів міжнародного права в тих або інших сферах міждержавної співпраці. Вони встановлюють певні нормативні вимоги, дотримуватися яких повинні всі держави [7, с. 344–345]. Держави намагаються уніфікувати свої норми із загальноприйнятими, апробованими світовим співтовариством правилами поведінки заради досягнення глобальної мети. Прикладом можуть бути розроблені та погоджені на загальному рівні цілі.

Серед останніх – Цілі сталого розвитку 2030. Ідея Цілей сталого розвитку зародилася на Конференції Організації Об'єднаних Націй зі сталого розвитку, що проходила в Ріо-де-Жанейро у 2012 році. Головне завдання полягало у виробленні комплексу цілей, спрямованих на розв'язання нагальних екологічних, політичних та економічних проблем, що постали перед нашим світом. Цілі сформулювали вимірювані, погоджені на світовому рівні завдання щодо боротьби з крайньою бідністю та голодом, профілактики смертельно небезпечних хвороб, забезпечення початкової освіти для всіх дітей, а також інших пріоритетів у царині розвитку.

Можлива глобалізація окремо і в сфері кримінального судочинства. «Сьогодні відомі такі інституційні моделі установи, формування, правового регулювання, організації та діяльності органів міжнародного кримінального правосуддя: 1) міжнародні кримінальні трибунали *ad hoc*, створювані Радою Безпеки ООН як допоміжні органи; 2) змішані (гібридні) трибунали (суди) двох видів: (а) створювані відповідно або на основі договорів держав з ООН і (2) сформовані тимчасовими адміністраціями ООН на територіях держав, де проводяться миротворчі операції; 3) національні суди, до юрисдикції яких віднесено розгляд справ про міжнародні злочини за участю міжнародних суддів та інших учасників кримінального судочинства; 4) Міжнародний кримінальний суд» [8] Вказане дає можливість констатувати, що нині основна політична та юридична концепція нації розвивається в напрямі до поняття не суверенних, взаємозалежних держав.

Проте, незважаючи на існування наднаціональних органів і тенденцію до втрати державами суверенітету, вказувати про активну правову глобалізацію чи про суттєвий прогрес у створенні єдиної глобальної держави чи права ми поки що не можемо.

Вказане можна продемонструвати через дієвість конституційних норм. Вони визначають міру імплементації міжнародно-правових норм у національне право.

Звернімося до досвіду України. По-перше, до конституційно-правового регулювання віднесено тільки певну категорію міжнародних договорів, а саме ті, що ратифіковані Верховною Радою України, відтак поза увагою залишаються міжнародні договори, які не потребують ратифікації, звичаєве міжнародне право та загальноприйняті стандарти й принципи міжнародного права, рішення, висновки, рекомендації міжнародних організацій та органів, враховуючи й практику міжнародних судових інституцій. Правовою обмовкою в цьому контексті виступає те, що в ст. 18 Конституції України задекларовано: «Зовнішньополітична діяльність України спрямована на забезпечення її національних інтересів і безпеки шляхом підтримання мирного і взаємовигідного співробітництва з членами міжнародного співтовариства та загальнознавими принципами і нормами міжнародного права».

По-друге, із контексту конституційних положень випливає те, що міжнародні договори, ратифіковані Україною, становлять частину національного законодавства, правдоподібно, на рівні звичайного закону [9].

Отож у загальному **висновку** можна констатувати, що на сучасному етапі розвитку правової державності, правової системи утверджується дія двох протилежних правових векторів. З одного боку, держава віддає частину своїх суверенних прав у політичній, гуманітарній, економічній та ідеологічній сферах заради формування єдиної глобальної системи норм, публічного глобального правопорядку. З іншого боку, така передача відбувається суто добровільно, відповідно до встановлених національним конституційним правом вимог.

ЛІТЕРАТУРА

1. Новий тлумачний словник української мови : у 4 т. / уклад. В.В. Яременко, О.М. Сліпущко. Київ : АКОНІТ, 1998. Т. 2. 1998. 912 с.
2. Жаровська І.М. Генезис ідеї відкритості влади. *Форум права*. 2009. Вип. 3. С. 242–246.

3. Kant I. Etithcs. URL: https://archive.org/stream/in.ernet.dli.2015.503259/2015.503259.original-sanskrit_djvu.txt.
4. Fukuyama F. End of History. URL: <https://tr.uow.edu.au/uow/file/c1e8a018-b551-452a-94c1-f681ed92a4c5/1/fukuyama-1989-1-18.pdf>.
5. Pendleton Michael D. A New Human Right – the Right to Globalization Fordham International Law Journal. 1998. Vol. 22. Issue 5. Article 6. P. 41–46.
6. Сидоренко О.О. Правова система України в контексті глобалізації *Теорія і практика правознавства*. 2016. Вип. 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/tipp_2016_1_6.
7. Великий енциклопедичний юридичний словник / за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Видавництво «Юридична думка», 2007. 560 с.
8. Волеводз А.Г., Волеводз В.А. Современная система международной уголовной юстиции : хрестоматия. Москва : Изд-во «Юрлитинформ», 2009. 359 с.
9. Opinion on the Constitution of Ukraine, Strasbourg, 11 March 1997, CDL-INF(97)2. URL: [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF\(1997\)002-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-INF(1997)002-e).

ІНФОРМАЦІЙНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ

INFORMATION AND LEGAL REGULATION OF STATE ECONOMIC SECURITY

Павленко В.П., науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки
та судових експертиз Служби безпеки України

У статті досліджено правову природу економічної безпеки, зумовлену необхідністю вдосконалення напрямів економічної безпеки в контексті складника національної безпеки загалом. Обґрунтовано актуальність теми економічної безпеки тим, що економічну безпеку слід уважати окремим правовим інститутом, якому притаманні певні характерні ознаки. Аналіз процесів економічної безпеки як складника забезпечення національної безпеки визначає напрями економічного й фінансового благополуччя й захисту особистості, а також виявляє порогові й цільові значення, за яких негативні тенденції посилюють виклики й загрози національній безпеці. У той час, коли Україна захищала свій євроінтеграційний процес, Російська Федерація розпочала неоголошену війну проти України. Частина цієї війни – антипропаганда проти України – справжня інформаційна війна. Ворог намагається розділити українські силові структури й добровольців, силові структури й населення, скеровуючи зусилля на припинення мобілізації. Водночас задовго до того, як ситуація переросла у збройне протистояння, розпочалась інформаційна війна проти України. З одного боку, форми, методи, прийоми та поведінка виглядають простими, навіть примітивними, а з іншого – ця війна – це довгостроковий план, розроблений та успішно реалізований. Принаймні українська влада, суспільство, державний сектор та журналісти повинні докласти неймовірних зусиль, щоб протистояти інформаційному тиску російських ЗМІ.

Для успішного функціонування системи інформаційно-правового забезпечення економічної системи в Україні необхідна розробка стратегії, яка повинна будуватися на дотриманні національних інтересів, зокрема бути спрямованою на економічне зростання країни. Пропонується створювати інститути, які зможуть оперативно проводити моніторинг усієї системи безпеки, виявлятимуть основні чинники, що негативно впливають на цю систему, забезпечуватимуться сучасними методами підвищення ефективності та гарантуватимуть їх реалізацію, повинні спиратися на закони й втілюватися в життя на законних підставах з урахуванням витрат на їх здійснення, передбачених бюджетом.

Ключові слова: економічна безпека, інформаційні чинники, національна безпека, соціально-економічна безпека, порогові значення.

The article investigates the legal nature of economic security, due to the need to improve the directions of economic security in the context of the national security component in general. The topicality of the economic security study is substantiated by the fact that economic security should be considered a separate legal institution, which is characterized by certain characteristic features. Analysis of economic security processes as a component of national security determines the directions of economic and financial well-being and personality protection, and also reveals threshold and targeted values in which negative trends increase challenges and threats to national security. While Ukraine was defending its European integration process, the Russian Federation began an undeclared war against Ukraine. A part of this war – antipropaganda against Ukraine – is a true information war. The enemy is trying to divide the Ukrainian power structures and volunteers, security forces and population, directing efforts to stop mobilization. At the same time long before the situation has grown into an armed confrontation, an information war against Ukraine began. On the one hand, forms, methods, techniques and behaviour look simple, even primitive, but this war is a long-term plan, designed and successfully implemented. At least the Ukrainian authorities, society, public sector and journalists must make incredible efforts to resist the information pressure of the Russian media.

For successful system functioning of the information and legal provision of the economic system in Ukraine, it's necessary to develop a strategy, which should be based on national interests, in particular to be aimed at economic growth in the country. It is suggested to create institutions that will promptly monitor the entire security system, detect the main factors that adversely affect this system, as well as will be provided with modern methods of increasing efficiency and will guarantee their implementation. Such institutions should be based on laws and be implemented on legal grounds, taking into account the costs, provided by the budget.

Key words: economic safety, information factors, national security, social and economic security, threshold values.

Постановка проблеми в загальному вигляді та її зв'язок із важливими науковими чи практичними завданнями. У правовій науці слід виходити з того, що безпека – це такий стан розвитку суспільства, що характеризується максимально повною реалізацією і захищеністю життєво важливих інтересів від зовнішніх і внутрішніх загроз суспільства загалом і окремих його членів зокрема, що забезпечується через досягнення збалансованості інтересів кожного із суб'єктів відносин соціально-економічної системи (індивідів, економічних суб'єктів, державних інституцій та суспільства) у межах національної економіки та у сфері зовнішньоекономічної діяльності. Забезпечення безпеки розглядається як процес створення умов для стабільного й безкризового розвитку особистості, суспільства й держави відповідно до цілей і завдань розвитку, захист прав і свобод особистості, суверенітету держави; усунення та попередження загроз, умов та інших чинників, що можуть мати негативний, дестабілізаційний вплив на окремих громадян і громадські об'єднання; усунення суперечностей між інтересами окремих соціальних груп, суспільства та держави.

У цьому разі економічна безпека, будучи однією з основних сфер національної безпеки, повинна розкриватися через визначення, що відображають її структуру, стан і процес забезпечення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій, у яких започатковано розв'язання цієї проблеми і на які спи-

рається автор, виокремлення не вирішених раніше частин загальної проблеми, котрим присвячується означена стаття. Питання інформаційно-правової регламентації економічної безпеки України, її стан і перспективи розвитку, методологічні та теоретичні основи досліджуваної проблеми висвітлено в наукових працях українських і зарубіжних авторів (І. Арістова, В. Бебик, А. Гальчинський, О. Голобуцький, П. Друкер, Я. Жаліло, О. Зошенко, І. Колідушко, Е. Лемберг, А. Колодюк, М. Роуз, Е. Тофлер, Ф. Фукуяма, С. Чукут та інші). Окремі аспекти феномену інформаційної війни, механізму їх зародження та розвитку досліджували такі відомі науковці, як С. Бухарін, А. Манойло, І. Панарін, А. Петренко, С. Рас-торгуєв, Д. Фролов, В. Циганов, І. Шаравов та ін.

Формулювання цілей статті (постановка завдання). Мета наукового дослідження полягає у проведенні комплексного аналізу інформаційно-правового регулювання у сфері економічної безпеки, а також у розробленні рекомендацій щодо його вдосконалення.

Вигляд основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Планові документи посідають особливе місце в стратегічній системі для забезпечення економічної безпеки. До них належать стратегії, концепції та доктрини, що становлять офіційно визнану систему інформаційно-правових позицій країни. До зазначених документів належать: Стратегія сталого еко-

номічного розвитку «Україна–2020»; Стратегія національної економічної безпеки України; Концепція боротьби з тероризмом, а також Воєнна доктрина України [1, с. 80].

Об'єктом економічної безпеки України є особа, суспільство, держава, основні елементи економічної безпеки, включаючи систему інституційних правовідносин, пов'язаних з інформаційно-правовим регулюванням економічної діяльності.

Основним документом у сфері планування розвитку механізму забезпечення національної безпеки загалом та економічної безпеки України зокрема є Стратегія забезпечення національної безпеки України.

Стратегія – це визнана система стратегічних пріоритетів, цілей та заходів у галузі внутрішньої та зовнішньої політики, яка в довгостроковій перспективі визначає стан національної безпеки та рівень національного розвитку. Стратегія спирається на систему політичних установок держави щодо забезпечення національної безпеки та захисту національних інтересів України. Вона характеризує такі базові напрями реалізації внутрішньої та зовнішньої політики держави, як оптимізація політичної системи; вдосконалення державного управління; об'єднання зусиль і ресурсів для вирішення завдань соціального та економічного розвитку країни; розширення можливостей держави у сфері оборони та безпеки; розвиток новітніх технологій і підвищення рівня конкурентоспроможності національної економіки; додержання ідеалів багатогранної вітчизняної духовності та культури українського народу; підвищення рівня та якості життя громадян.

Стратегія містить оцінку внутрішніх та зовнішніх загроз національній безпеці та стратегічних ризиків, які перешкоджають впливу на сталий розвиток країни [2, с. 54]. Вона кардинально змінює принцип забезпечення національної безпеки, завдяки стратегії сформовано новий механізм реалізації спільних зусиль держави та суспільства, спрямованих на забезпечення територіальної цілісності та незалежності в умовах російської агресії.

Окрім того, стратегія покликана забезпечити національну безпеку, реалізуючи взаємопов'язані національні інтереси та національні стратегічні пріоритети [3, с. 58]. Національні інтереси України включають: розвиток демократії та громадянського суспільства; підвищення конкурентоспроможності національної економіки; забезпечення стабільності конституційного ладу, територіальної цілісності та суверенітету України; співпрацю України, Європейського Союзу та організацій, які вступили до НАТО й діяльність яких покликана підтримувати стратегічну стабільність та взаємовигідне партнерство.

Національні стратегічні пріоритети включають національну оборону; національну та громадську безпеку; пріоритети сталого розвитку, пов'язані з економічною безпекою, покращенням якості життя громадян, економічним зростанням, науковим розвитком, розвитком нових технологій, освіти, охорони здоров'я та культури, екології та управління навколишнім середовищем; стратегічне партнерство з ЄС та НАТО [4, с. 60].

На офіційному державному рівні вперше у проєкті Стратегії сталого розвитку «Україна–2030» одним з офіційних пріоритетів національної безпеки країни визнано забезпечення гідних умов життя в Україні. Цей регламент наголошує на необхідності забезпечення соціальної та соціально-економічної стабільності країни [4, с. 61].

Важливою групою інформаційно-правових джерел забезпечення економічної безпеки країни є закони. Важливе місце в системі правових актів посідають закони України «Про основи національної безпеки» та «Про засади зовнішньої і внутрішньої політики», у яких указано, що безпека України в економічній сфері є складником національної безпеки України загалом.

Указані закони України дають характеристику зовнішнім і внутрішнім загрозам в економічній сфері України

як сукупності умов і чинників, що створюють небезпеку для життєво важливих економічних інтересів особи, суспільства та держави; визначення й моніторинг чинників, що підривають стійкість соціально-економічної системи держави; ставлять завдання щодо визначення критеріїв і параметрів, які характеризують національні інтереси в галузі економіки та відповідають вимогам економічної безпеки України; визначають напрями формування економічної політики, інституційних перетворень і необхідних механізмів, усувають або пом'якшують вплив чинників, які підривають стійкість національної економіки.

Реалізація законів України «Про основи національної безпеки» та «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики» здійснюється через систему конкретних заходів, заснованих на якісних і кількісних індикаторах (демографічних, макроекономічних, екологічних, зовнішньо-економічних, технологічних та інших).

Державна інформаційна політика в галузі забезпечення безпеки є частиною внутрішньої та зовнішньої політики України, становить сукупність скоординованих і об'єднаних єдиним задумом політичних, організаційних, соціально-економічних, воєнних, правових, інформаційних, спеціальних та інших заходів.

Державна інформаційна політика у сфері забезпечення економічної безпеки реалізується органами влади та органами місцевого самоврядування на основі положень Стратегії національної безпеки України та інших концептуальних і доктринальних документів, які розроблені Радою національної безпеки й оборони та затверджуються Президентом України.

Відповідно до положень ст. 4 Закону «Про Раду національної безпеки і оборони України» Рада визначає основні напрями державної політики у сфері забезпечення безпеки; готує проєкт Стратегії національної безпеки України та інші концептуальні та доктринальні документи у сфері забезпечення безпеки.

У зв'язку з посиленням негативного зовнішнього впливу на інформаційний простір України, що загрожує руйнуванням національної ідентичності й суспільних цінностей, не зовсім достатнім залишається обсяг виробництва конкурентоспроможного національного інформаційного продукту. Наближений до критичного і стан безпеки інформаційних комп'ютерних систем у сфері державного управління, енергетики, транспорту, фінансової і банківської сфер, внутрішніх та міжнародних відносин [7].

Сьогодні можна виокремити такі основні методи інформаційної агресії проти України, як дезінформація та маніпуляція, агресивна пропаганда, плюралізм громадської думки, психологічний тиск, поширення чуток.

Дезінформація та маніпулятивна інформація є найбільш поширеними у сучасних інформаційних війнах проти України методом, що передбачає обман для спонукання до запланованих агресором дій. Водночас Україна може створити ефективні механізми для протидії інформаційній війні. До того ж такий напрям дозволить одержати додаткові джерела фінансування для ринкових перетворень в Україні, оскільки актив, створений в інтересах забезпечення інформаційної безпеки, викликає економічний інтерес на світовому ринку [8]. Однак основною метою цього підходу є досягнення консенсусу та порозуміння між державою, громадянським суспільством та окремими людьми для створення ситуації в країні, де інформаційна безпека є не інструментом маніпуляції в руках непорядних політиків, а відбиває реальний стан справ, коли рішення про доленосні аспекти життя держави приймаються її громадянами. Отож, слід визнати, що Україна, її національні органи влади, громадянське суспільство та засоби масової інформації ще не готові до широкомасштабної військової та інформаційної агресії, яка в середовищі експертів отримала назву «гібридна війна».

Таким чином, для реалізації національних інтересів демократичні країни створили такий правовий механізм,

який може ефективно боротися з реальними та потенційними викликами та загрозами. Враховуючи накопичений досвід, кожна держава сформулювала власні стратегії та тактики подолання функційних проблем національного інформаційного середовища. [9]. Наприклад, Великобританія має потужну систему захисту інформації. Законодавство держави не тільки забезпечує захист інформаційних прав і свобод громадян та громадських організацій, а й установлює важливі обмеження для захисту інтересів національної безпеки. Окрім законодавства, існує Кодекс практики доступу до державної інформації. Так, цей Кодекс регламентує процедури обмеження доступу до секретної інформації, що належить державі [10].

Слід також зазначити, що під інформаційно-правовим регулюванням економічної безпеки України розуміють форму владного правового впливу на інформаційні суспільні відносини, що здійснюється державою з метою їх упорядкування, забезпечення й закріплення [11]. Головною метою системи інформаційної безпеки має бути створення необхідних правових та організаційних механізмів формування, розвитку та ефективного використання національних інформаційних ресурсів у всіх сферах діяльності громадян, суспільства та держави.

Так, інформаційно-правове регулювання економічної безпеки у сфері захисту прав та свобод здійснюється на підставі Конституції України й таких базових законів України: «Про науково-технічну інформацію», «Про інформацію», «Про Концепцію Національної програми інформатизації», «Про Національну програму інформатизації» та ін. Вказані нормативно-правові акти регулюють економічну безпеку, захист інформації, захист державної таємниці, захист конфіденційної інформації та економічних ресурсів, призначених для реалізації доктрин особистого, державного та соціального забезпечення.

На думку В. Дурова, до пріоритетних напрямів інформаційно-правового забезпечення економічної безпеки належать: установлення законодавчої та нормативної бази; моніторинг економічної безпеки України; стандартизація, сертифікація та ліцензування діяльності у сфері економічної безпеки України; врахування вимог економічної безпеки України, розвитку та вдосконалення національної економічної інфраструктури; врахування вимог законодавства України щодо вдосконалення системи освіти, навчання та виправлення; розроблення міжрегіональних, державних та міждержавних планів розвитку системи економічної безпеки України [12].

Слід зазначити, що існують певні недоліки інформаційно-правового забезпечення економічної безпеки України, серед яких: розпорошення питань економічної безпеки в численних нормативно-правових актах різної юридичної сили; колізії нормативно-правових актів між собою і з Конституцією України; декларативний характер значного масиву норм без указівок на форми їх реалізації, унаслідок чого ми спостерігаємо низький рівень правореалізації норм, що регламентують суспільні відносини у сфері забезпечення економічної безпеки; відсутність фундаментальних, правових дефініцій [13]; відсутність єдиного кодифікованого нормативного акта, який регулює питання економічної безпеки. Адже правове забезпечення економічної безпеки є важливим складником ефективного функціонування інформаційних систем. Проте, на жаль, недоліки правового регулювання ускладнюють формування якісно нових змін у зазначеній сфері суспільних відносин.

Сьогодні через відсутність взаємопов'язаних і чітко визначених практичних заходів та теоретичних розробок із забезпечення економічної безпеки держави існує низка перешкод на шляху до повноцінної реалізації державою своїх обов'язків щодо забезпечення економічної безпеки. Економічна безпека – це система заходів або комплекс економічних, геополітичних, правових та інших умов, спрямованих на захист загальнонаціональних інтересів у сфері

економіки, які здійснюють регульовальний вплив і активно протидіють зовнішнім і внутрішнім загрозам; забезпечують захист життєво важливих інтересів країни щодо її ресурсного потенціалу; створюють внутрішній імунітет і зовнішню захищеність від дестабілізуючих впливів; забезпечують конкурентоспроможність країни на світових ринках і стійкість її фінансового становища; гарантують гідні умови життя і сталий розвиток особистості.

На Заході широко поширений підхід, у межах якого економічна безпека розглядається як стійкість національної економіки в умовах економічних криз, а також здатність економіки загалом і провідних її галузей до забезпечення конкурентоспроможності на світовій економічній арені. Відповідно до такого підходу конкурентоспроможність країни є головним показником рівня її комплексного розвитку. Ці формулювання, доповнюючи одне одного, чітко визначають сутність економічної безпеки і її місце в системі національної безпеки.

Конституція України (стаття 17) проголошує, що визначальною функцією держави та всього Українського народу є захист економічної безпеки України. Слід зазначити, що забезпечення економічної безпеки – це взаємодія національної економіки зі світовим господарством, яке виключає можливість заподіяння значної шкоди національним економічним інтересам та сприяє динамічному соціально-економічному розвитку на основі повноцінного партнерства.

Важливим є встановлення принципів щодо забезпечення економічної безпеки держави, якими, на думку вчених, є: законність та верховенство права на всіх етапах захисту економічної безпеки; баланс економічних інтересів особи, держави та суспільства; взаємна відповідальність щодо забезпечення економічної безпеки особи, держави та суспільства; своєчасність та ефективність заходів, пов'язаних із протидією загрозам і захистом національних економічних інтересів; пріоритетність мирних заходів у вирішенні зовнішніх і внутрішніх конфліктів економічного характеру [14].

Досліджуючи проблеми економічної безпеки, зокрема вплив зовнішніх чинників, варто зосередити увагу на виявленні та аналізі дії первинних чинників інформаційно-правового забезпечення національної безпеки країни як ефективної економічної системи. У сучасних умовах найнебезпечнішими зовнішніми загрозами для економічної безпеки України є такі: значний рівень залежності національної економіки та всіх її найважливіших галузей від зовнішньоекономічної кон'юнктури, політичних та економічних рішень зарубіжних країн, міжнародних торгових та фінансових організацій, що обмежують економічні інтереси України; збільшення залежності нашої держави від імпорту багатьох видів товарів, зокрема товарів продовольчої групи та товарів стратегічного значення; витіснення міжнародними компаніями вітчизняного виробника з внутрішнього ринку України; дискримінаційні заходи окремих зарубіжних країн щодо українських товаровиробників, а також загрози енергетичній та транспортній безпеці держави.

Висновки й перспективи подальших досліджень у цьому напрямі. Отже, інформаційно-правова регламентація економічної безпеки є вкрай актуальним питанням та одним із визначальних національних пріоритетів. Забезпечення економічної безпеки є гарантом державної незалежності України, умовою її сталого розвитку та зростання добробуту громадян. Для вдосконалення системи інформаційно-правового забезпечення економічної безпеки в Україні необхідно сформувати ефективну систему шляхом формулювання галузевих нормативно-правових актів, створення відповідних державних установ та регуляторних органів, а також створення механізмів контролю за їх діяльністю. Система інформаційно-правового забезпечення економічної безпеки держави має

включати діяльність органів законодавчої, судової, виконавчої влади, правоохоронних органів, підприємств, установ, організацій. Основними елементами механізму системи інформаційно-правового забезпечення економічної безпеки повинні стати: ефективний моніторинг розвитку національної економіки з метою визначення реальних та потенційних внутрішніх та зовнішніх загроз для функціонування основних функційно-структурних компонентів економічної безпеки; порівняння встановлених загроз із пороговим значенням з метою їх поділу на особливо

критичні та небезпечні; застосування адекватних заходів щодо ефективної нейтралізації встановлених особливо критичних загроз та вжиття заходів із боку держави щодо їх попередження та усунення.

На нашу думку, важливим та необхідним кроком стане також ухвалення Закону «Про захист економічної безпеки України». Вважаємо, що цей закон повинен стати інформаційно-правовим орієнтиром для захисту економічної безпеки України, а також закласти основи забезпечення економічної безпеки на державному рівні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бутенко В.М. Забезпечення економічної безпеки України в умовах міжнародної інтеграції. *Збірник наукових праць Всеукраїнської науковопрактичної конференції*. 2013. С. 78–82.
2. Москоvecь В.І. Економічна безпека і роль держави в забезпеченні інтеграції у світове господарство. *Збірник наукових праць Всеукраїнської науково-практичної конференції*. 2013. С. 54–57.
3. Смирнова Е.Г. Система підрозділів ОВС та їх повноваження щодо забезпечення економічної безпеки України. *Наше право*. 2013. № 12. С. 58–64.
4. Тимошенко О.В. Система економічної безпеки національної економіки та комплексний механізм її забезпечення. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*. Одеса, 2016. Вип. 18. С. 56–61.
5. Шаптала С.М. Щодо вдосконалення державно-правового забезпечення економічної безпеки України в умовах реформування суспільства. *Право і суспільство*. 2013. № 2. С. 134–140.
6. Алякін Р.В., Федорін М.П. Правове забезпечення національної інформаційної безпеки. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2013. № 4. С. 91–96.
7. Buzan. People, States and Fear. People, States & Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era, Ed. Cartier, Chişinău, Central Bank of Latvia annual report of 2013. 2000. http://www.lb.lt/lithuanian_economic_review_may_2014. (Last accessed: 17.03.2021).
8. International Labor Organization ILO, Socio-Economic Security Programme «Economic Security for a Better World». 2004.
9. Hacker J. Economic Security. 2013. URL: http://www.economicsecurityindex.org/?p=esi_implications (Last accessed: 17.03.2021).
10. Mărginean Analiza comparativă a finanțării politicilor sociale din România, alte țări în tranziție și țările UE, în «Calitatea vieții», Revistă de politici sociale, anul XII, nr.1-4. 2001. P. 214.
11. Martin L. Poate exista securitate națională într-o epocă nesigură?, apud Buzan, Barry, op. cit. 1983. 2000.
12. Duhov, V.E. State security in the country's economic security system. *Visnik Nacional'noi' juridichnoi' akademii Ukraini imeni Jaroslava Mudrogo*. 2011. Vol. 4. P. 27–35.
13. Mishchuk Mishchuk Ye.V. Methodology for assessing the economic security of the company's stakeholders as a component of its economic security. *Visnyk KNUTD*. 2019. Vol. 6 (136). P. 78–84.
14. Kubaienko A.V. Activation of the Economic Security of Ukraine in Terms of the European Integration. *Montenegrin Journal of Economics*. 2018. Vol. 14(2). P. 91–114.
15. Лев М.Ю. Правовая природа экономической безопасности государства и ее институциональные аспекты. *Экономические отношения*. 2020. Т. 10. № 2. С. 447–466. doi: 10.18334/eo.10.2.100903.

ПРАВОВА КУЛЬТУРА: ПОНЯТТЯ, СКЛАД ТА ЇЇ СТАН В УКРАЇНІ

LEGAL CULTURE: THE CONCEPT, COMPOSITION AND ITS STATE IN UKRAINE

**Сидоренко О.О., к.ю.н., доцент,
асистент кафедри теорії і філософії права**

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Кухарчук А.В., студентка I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Ткаченко О.Р., студентка I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті досліджується сутність правової культури як поняття, наведено думки науковців щодо його трактування. Акцентується на особливостях категорії «правова культура». Правову культуру визначено як сукупність надбань суспільства, його соціальних груп і громадян у сфері регулювання суспільних відносин, що сприяє забезпеченню верховенства права в суспільному житті, тобто пануванню основоположних принципів справедливості і гуманізму, захисту прав і свобод людини, її честі й гідності, фактичному забезпеченню місця людини як найвищої соціальної цінності. Окреслено основні елементи відображення рівня правової культури: право, рівень правосвідомості громадян і посадових осіб, рівень якості роботи правоохоронних і правозастосовних органів і посадових осіб, якість системи законодавства, певний рівень законності й правопорядку тощо. Обґрунтовується розуміння правової культури як важливого елемента правової системи України, системи правових цінностей, що відповідають рівню досягнутого суспільством правового прогресу та відображають у правовій формі ступінь основних прав і свобод людини. Аналізується її стан у сучасній Україні, труднощі формування. Розглядається проблема правового нігілізму у свідомості громадян, сприйняття ними права в контексті усталених уявлень про критичне становище правосвідомості молодого покоління. Звертається увага на необхідність правового виховання та освіти української молоді. Визначено, що високий рівень розвитку правової культури – це поєднання відповідних правових знань і персональної готовності людини застосовувати їх у регулюванні власної поведінки. Зроблено висновок, що правова культура є важливим чинником розвитку правової системи, який впливає на правосвідомість, право, правові відносини, законність і правопорядок, правотворчу, правозастосовну та інші види правової діяльності, а також є якісною характеристикою правової системи та рівнем її досконалості.

Ключові слова: право, правова культура, правова освіта, правова свідомість, правовий нігілізм.

The article examines the essence of legal culture as a concept, presents the views of scholars on its interpretation. Attention is accented on the features of category "legal culture". Legal culture is defined as a set of achievements of society, its social groups and citizens in the regulation of social relations, which contributes to the rule of law in public life, i.e. the rule of fundamental principles of justice and humanism, protection of human rights and freedoms, its honor and dignity, man as the highest social value. The understanding of legal culture as an important element of the legal system of Ukraine, the system of legal values that correspond to the level of legal progress achieved by society and reflect in legal form the degree of fundamental human rights and freedoms is substantiated. The main elements of reflecting the level of legal culture are outlined: law, the level of legal awareness of citizens and officials, the level of quality of law enforcement and law enforcement agencies and officials, the quality of the legislation, a certain level of law and order and etc. Analyzed its status in modern Ukraine, difficulty forming. Considered the problem of legal nihilism in the minds of citizens, their perception of law in the context of the established ideas about the critical state of legal awareness of the younger generation. Attention applies on the necessity of legal education and education of the Ukrainian young people. It is determined that a high level of development of legal culture is a combination of relevant legal knowledge and personal willingness to apply them in regulating their own behavior. The authors conclude that legal culture is an important factor in the development of the legal system, which affects legal awareness, law, legal relations, law and order, lawmaking, law enforcement and other types of legal activities; is a qualitative characteristic of the legal system and the level of its perfection.

Key words: law, legal culture, legal education, legal awareness, legal nihilism.

Постановка проблеми. Сучасна Україна знаходиться на етапі розбудови правової держави, тому чільне місце належить проблемі підвищення рівня розвитку правової культури та правосвідомості громадян. Це непросте завдання вимагає від країни утворити таку систему, яка б найбільш якісно та точно поширювала серед населення знання про право, формулювала повагу до законів, високий рівень громадянської відповідальності, бажання брати активну участь у правовій сфері суспільного життя та сприяти мінімізації правового нігілізму. До того ж практичне та теоретичне вирішення цієї проблеми дасть змогу створити умови для розвитку правової демократичної держави. Актуальність питання пов'язана з вирішенням завдання загальної аналізу правової культури та визначенням її недосконалого рівня в сучасному українському суспільстві, що загалом вказує на перспективність подальшого дослідження.

Метою статті є дослідження сутності поняття та ролі правової культури як важливого елемента правової системи України, визначення шляхів формування та підвищення рівня правової культури в сучасному суспільстві.

Стан дослідження. Питання формування та функціонування правової культури досліджували як зарубіжні, так і українські вчені: С. Алексєєв, І. Бахновська, М. Козюбра, О. Макеєва, С. Максимов, В. Нерсисянц, Г. Попадинець, Л. Рабинович, О. Скакун, Ю. Тихомирова, Н. Уханова та ін. Про актуальність цієї проблематики свідчить і те, що останнім часом наукові дослідження з проблем становлення та функціонування правової системи знайшли відображення в колективній п'ятитомній монографії за редакцією В. Тація «Правова система України: історія, стан та перспективи».

Виклад основного матеріалу. Тривалий час поняття культури ототожнювалось із «цивілізацією» у значенні певного рівня здобутків суспільства – царини громадського порядку, вихованості, манери поведінки представників спільноти, способу життя, який протиставлявся варварському. Нині ж більшість філософів і культурологів сперечаються щодо однозначності поняття і намагаються дати консенсусу щодо єдиного загальноприйнятого тлумачення.

Так, П. Гуревич під «культурою» розуміє сукупність матеріальних і духовних цінностей, що відображують активну творчу діяльність людей в освоєнні світу у процесі історичного розвитку суспільства [1, с. 7].

Своєю чергою О. Макеєва трактує поняття культури як внутрішній духовний стан суспільства, який становить діалектичну єдність суспільних процесів створення соціальних цінностей (норм, знакових систем) та освоєння історичного досвіду, що дає змогу якнайповніше сприяти процесу перетворення багатства людської історії на внутрішнє багатство особистості [2, с. 35].

Правова культура тісно пов'язана із загальною культурою народу, базується на її витоках і фактично є відображенням рівня її розвитку. В юридичній літературі радянського часу не існувало єдиного погляду на визначення поняття, місця правової культури в правовій системі суспільства. Її розглядали як складник правового виховання та правової свідомості.

Учені-правознавці визначають правову культуру переважно як систему правових цінностей, які мають відповідати рівню правосвідомості особи та суспільства загалом.

Більшість науковців (наприклад, Г. Попадинець, М. Цвік та ін.) під правовою культурою розуміють якісний стан правового життя суспільства, який характеризується досягнутим рівнем розвитку правової системи – станом правової свідомості, юридичної науки, системи законодавства, законності й правопорядку, правової освіти, а найголовніше, ступенем гарантованості основних прав і свобод людини [3, с. 424].

С. Алексєєв у своїй праці підкреслює суб'єктивний чинник у понятті «правова культура». На думку науковця, значне місце посідають особисті, психологічні властивості людини, спрямованість дій та вчинків, пов'язаних із правовою поведінкою [4, с. 214].

На думку В. Копейчикова, правова культура є системою правових цінностей, що відповідають рівню досягнутого суспільством правового прогресу і відображають у правовій формі стан свободи особи та інші найважливіші соціальні цінності [5, с. 140].

Отже, можна припустити, що правова культура є певним ставленням кожної людини до прав інших індивідів та повага до них.

Категорія правової культури є доволі широкою і включає різноманітні явища духовного життя суспільства (цінності, звичаї, ідеології, концепції тощо).

Вона проявляється в накопичених правових цінностях, які належать до духовної культури, та має практичну спрямованість, як і культура управління, складається із взаємопов'язаних елементів. Основними з них є стани правосвідомості в суспільстві (ступінь розуміння права), законності, законодавства, практичної роботи в галузі права [6, с. 269–270].

Щодо структури правової культури, то вона має складний характер, її складниками можна насамперед вважати право, законодавство, правовідносини, правосвідомість, правотворчість, правореалізацію та інші елементи правової системи, що відображаються як у поведінці людини, так і в її свідомості. Правова культура суспільства складається з таких найбільших правових утворень:

- система правових норм як особливих правил поведінки, що зовні відбиті в системі нормативно-правових актів та конкретизуючих їх актів індивідуального регулювання;

- сукупність правовідносин, тобто суспільних відносин, що врегульовані за допомогою правових норм і складаються з юридичних прав і обов'язків;

- сукупність суб'єктів права (фізичних, зокрема і посадових осіб, державних та інших організацій; соціальних груп);

- правосвідомість – системи духовного відображення правової дійсності;

- режим законності і правопорядку – стан фактичної впорядкованості суспільних відносин, врегульованих за допомогою правових засобів [7, с. 195].

Правова культура виконує в суспільстві низку функцій: пізнавальну, регулятивну, нормативно-ціннісну, комунікативну та прогностичну. Перша полягає в засвоєнні правової спадщини минулих епох і сучасних досягнень вітчизняного та зарубіжного права. Вона щільно пов'язана з формуванням правової держави і розвитком громадянського суспільства.

Регулятивна функція правової культури спрямована на забезпечення стійкого та ефективного функціонування суспільства шляхом припису індивідам і соціальним групам стандартів суспільно корисної поведінки.

Нормативно-ціннісна функція забезпечує узгодження правової поведінки зі зразками, орієнтирами її є норми позитивного права і нормативні настанови природного права.

Комунікативна функція правової культури сприяє узгодженості суспільних, групових та особистих інтересів, забезпечує соціальне згуртування людей.

Прогностична функція виражається в можливостях передбачувати напрями розвитку правової системи, правотворчості і реалізації права, юридичної практики, соціально-правової активності громадян тощо [8, с. 190–191; 9, с. 112–113].

Загалом розрізняють правову культуру суспільства і особи. Правова культура індивіда передбачає достатній рівень знань про право, повагу до правових цінностей, високий рівень правосвідомості, а також усвідомлену необхідність та внутрішню переконаність виконання приписів нормативно-правових актів у всіх, без винятку, життєвих ситуаціях [10, с. 114].

Отже, можемо сказати, що поняття правової культури особи та суспільства загалом є взаємозалежними. Чим більше освічених у правовому плані громадян, тим вищою є правова культура народу.

Ю.І. Крилова та О.В. Макарова вважають, що правова культура є засадничим елементом у процесі державотворення, адже сприяє становленню правової системи та громадянського суспільства [11, с. 105], тобто побудова правової держави без підвищення рівня правової культури та правосвідомості громадян є неможливою.

Розкриваючи тему сучасної української правової культури, варто зазначити, що сформована за радянських часів доправова свідомість населення посилюється умовами економічної і соціальної кризи.

Так, на думку М. Козюбри, в масовій суспільній свідомості України «...продовжують домінувати уявлення про право виключно як про знаряддя політики, інструмент примусу, зведену в закон волю, якщо не якогось окремого пануючого класу, то, принаймні, керівної частини суспільства» [12, с. 29].

Тому радянська концепція правової культури, що й нині має місце в Україні, потребує докорінного переосмислення на засадах гуманізму в контексті демократизації суспільства, національних цінностей, традицій тощо.

Сучасний стан української правової культури можна також охарактеризувати як кризовий, адже відбувається пошук раціональних орієнтирів. У такому випадку варто віднайти способи зміни ситуації та її удосконалення. На нашу думку, покращення знань із галузі права дасть змогу вплинути на рівень правової культури в суспільстві і тим самим сприятиме ефективному демократичному розвитку побудови правової України. Тобто найважливішими чинниками формування високого рівня правової культури молоді є правове виховання та освіта.

І. Рябоко під правовим вихованням розуміє систематичний вплив на свідомість (індивідів і суспільних груп), усього способу суспільного життя та ідеологічних чинників із метою формування в них на основі правової ідеології стійких уявлень, переконань, прищеплення їм висо-

кої правової культури, навичок юридичного спілкування відповідно до рівня і вимог сучасного правового розвитку суспільства [13, с. 35].

Щодо правової освіти, то О.М. Іваній вважає її невід'ємною частиною загальної культури громадянина, умовою формування правової та політичної свідомості (позитивної чи негативної). Дослідник стверджує, що саме правова освіченість є запорукою того, що право стає регулятором життя індивіда, а не перешкодою на шляху вирішення його особистих завдань [14, с. 43].

Оскільки саме молодь є стратегічним ресурсом соціально-економічного розвитку будь-якої держави, її правове виховання та освіта є необхідною умовою для побудови суверенної і незалежної, демократичної, соціальної, правової держави, якою, відповідно до Основного Закону, має бути Україна.

Варто зазначити й те, що задля удосконалення рівня правової культури українців варто подолати правовий нігілізм, що укорінився у свідомості громадян. Тобто це означає позбутись зневажливого ставлення до права в суспільстві. Причинами появи такого явища А.В. Матат вважає політичну та економічну нестабільність, зловживання посадовими особами своїм службовим становищем, низький рівень правових знань у суспільстві, якими тривалий час характеризується країна. На думку науковця, в системі заходів подолання правового нігілізму в сучасних умовах пріоритетного значення набуває науково обґрунтована державно-правова політика України, яка б відповідала демократичному розвитку нашого суспільства [15, с. 496].

Отже, подолання правового нігілізму є дієвим напрямом у прогресивному розвитку країни, громадян, правової та політичної систем, а отже, рівня правової культури загалом.

Варто зауважити, що однією з найбільш поширених форм сучасного впливу на правову свідомість молоді є засоби масової інформації. Нині за допомогою соціальних мереж можна поширити будь-яку інформацію, при

цьому не витрачаючи безліч ресурсів та часу. Так, на думку В. Пилипчука, в інформаційній сфері є проблеми правової культури та моральності: спостерігається тенденція до різкого падіння моральності й поваги до загальнолюдських цінностей під час «віртуального» спілкування; відсутні ефективні правові механізми протидії порушенням прав і свобод людини в мережі Інтернет та ЗМІ; обмежені можливості судового захисту честі, гідності чи приватності громадян [16, с. 6, 8].

Висновки. Отже, правова культура – це система правових цінностей, що відповідають рівню досягнутого суспільством правового прогресу і відображають у правовій формі стан свободи особи та інші соціальні цінності. Отже, проблеми розвитку громадськості, демократичної правової держави безпосередньо пов'язані з рівнем правосвідомості і правової культури кожної особистості зокрема та суспільства загалом, що надалі гарантуватимуть верховенство права. А це є можливим за умов формування якісно нової системи правового виховання та освіти, орієнтованих на поширення правових знань, виховання, поваги до законів, позбавлення або мінімізації правового нігілізму, тобто того, що традиційно пов'язують із високим ступенем розвитку правової культури.

Сучасний етап державного будівництва незалежної, демократичної, соціальної та правової держави в Україні, суспільство якої вибрало європейський шлях, вимагає забезпечення розвитку правового мислення, з належним рівнем правової культури всіх суб'єктів суспільних відносин, адже без цієї принципової умови неможливо розвинути правову систему України.

Саме правова культура є одним із головних чинників демократизації суспільства, що характеризує правосвідомість та поведінку людини з огляду на рівень і зміст її правового виховання, соціальної активності, юридичної підготовки та загальноосвітнього рівня. Як одне з культурних надбань людства вона постійно має вдосконалюватись.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гуревич П.С. Культурология : учебник. Изд. 3-е, перераб. и доп. Москва : Гардарики, 2005. 280 с.
2. Макеєва О.М. «Правова культура» та «культура»: співвідношення категорій. *Держава і право. Інститут держави і права ім. В.М. Корецького НАН України*. 2013. Вип. 61. С. 33–38.
3. Попадинець Г.О. Правосвідомість і правова культура як чинники становлення громадянського суспільства. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Сер. *Юридичні науки*. 2016. № 850. С. 421–426.
4. Алексеев С.С. Общая теория права: в 2-х т. Москва : Юридическая литература, 1981. Т. 1. 360 с.
5. Загальна теорія держави і права / за ред. В.В. Копейчикова. Київ : Юрінком Інтер, 2000. 320 с.
6. Алексеев С.С. Право. Азбука. Теория. Философия. Опыт комплексного исследования. Москва : Статут, 1999. 416 с.
7. Кравчук М.В. Теорія держави і права. Проблеми теорії держави і права : навч. посіб. Тернопіль : Картбланш, 2002. 247 с.
8. Петров А.В., Симканіч О.М. Правовая культура: содержание и формы существования. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2009. № 2. С. 186–193.
9. Скобелев А.Е. Понятие, структура и общая характеристика правовой культуры. *Известия Саратов. университета. Серия: Философия. Психология. Педагогика*. 2009. № 1, т. 9. С. 110–119.
10. Макарова О.В. Правовий нігілізм: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Київ, 2010. 186 с.
11. Макарова О.В., Крилова Ю.І. Проблеми формування правової культури в українському суспільстві. *Право*. 2015. № 30. С. 104–108.
12. Козюбра М. Право як явище культури. *Право та культура: теорія і практика* : матеріали Міжнар. наук.-практ. конф. 15–16 травня 1997 р. Київ : МП Леся, 1997. С. 28–30.
13. Лукашева Е.А. Рябко И.Ф. Основы правовой педагогики. Ростов–на–Дону : Ростовский университет, 1973. С. 35.
14. Іваній О.М. Правова освіта як засіб формування громадянського суспільства. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. Сер. *Юриспруденція*. 2016. № 22. С. 42–45.
15. Матат А.В. Удосконалення рівня правової культури суспільства як дієвий принцип розвитку правової системи України. *Альманах права*. 2012. № 3. С. 495–499.
16. Пилипчук В.Г. Актуальні питання захисту прав, свобод і безпеки людини в сучасному інформаційному суспільстві. *Проблеми захисту прав людини в інформаційному суспільстві* : матеріали Всеукр. наук.-практ. конф., 1 квіт. 2016 р. Київ : Вид-во «Політехніка», 2016. С. 6–8.

КОРУПЦІЯ ЯК ВИД ЗЛОВЖИВАННЯ ПРАВОМ: ПРИЧИНИ ТА ОСНОВНІ МЕТОДИ БОРОТЬБИ

CORRUPTION AS A TYPE OF ABUSE OF LAW: CAUSES AND MAIN METHODS OF COMBAT

Сидоренко О.О., к.ю.н., доцент,
асистент кафедри теорії і філософії права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Яворський В.О., студент I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Квасильчук Д.Б., студент I курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

У статті здійснено спробу визначення взаємозв'язку понять «корупція» та «зловживання правом». Визначено поняття «корупція», окреслені основні ознаки зазначеного поняття, зроблено висновок, що корупція не обов'язково має бути пов'язана з отриманням матеріальних благ. Акцентовано на тому, що корупція безпосередньо впливає на мораль, суперечить інтересам держави.

Окреслено деякі концепції розуміння корупції в різні часи. Зазначені способи подолання корупції в історії України та світовій історії.

Приділено увагу основним причинам виникнення та існування корупції. Зазначено, що усі вони взаємопов'язані, що зумовлює складність визначення основної. Зроблено висновок, що корупцію неможливо викоринити повністю через недосконалість людської природи. Акцентовано на недосконалості законодавства та правозастосовних механізмів як однієї з основних причин існування корупції.

Здійснено спробу розгляду рівня світової корупції. Визначені найбільш та найменш корумповані країни світу. Приділено увагу причинам зміни динаміки показників корумпованості в деяких країнах. Зазначений вплив COVID-19 та спричинена нею криза на ці показники.

Викладено основні відомі способи подолання корупції. Приділено увагу освітній та просвітницькій діяльності як одному зі складних, але дієвих способів усунення корупції. Зроблено висновок, що такий спосіб потребує багато зусиль та активної підтримки з боку суспільства. Розглянуто реорганізацію інстанцій для боротьби з корупцією як один із найкращих способів подолання корупції. Зроблено припущення щодо необхідності застосування Україною міжнародної практики як однієї з можливостей модернізувати власну антикорупційну структуру.

У статті зроблено висновки, що корупція – негативне явище, з яким необхідно боротися. Зазначено необхідність пошуку нових методів її подолання.

Ключові слова: корупція, зловживання правом, причини корупції, вплив пандемії на корупцію, основні методи подолання корупції.

The article attempts to define the relationship between the concepts of "corruption" and "abuse of rights". The concept of "corruption" is defined, the main features of this concept are outlined, it is concluded that corruption does not necessarily have to be associated with obtaining material goods. Emphasis is placed on the fact that corruption directly affects morality, is contrary to the interests of the state.

Some concepts of understanding corruption at different times are outlined. The ways of overcoming corruption in the history of Ukraine and world history are indicated.

Attention is paid to the main causes of corruption. It is noted that they are all interconnected, which makes it difficult to determine the main. It is concluded that corruption cannot be completely eradicated due to the imperfections of human nature. Emphasis is placed on the imperfection of legislation and law enforcement mechanisms as one of the main causes of corruption.

An attempt has been made to consider the level of global corruption. The most and least corrupt countries in the world have been identified. Attention is paid to the reasons for changes in the dynamics of corruption in some countries. The influence of COVID-19 and the crisis caused by it on these indicators is noted.

The main known ways to overcome corruption are outlined. Attention is paid to educational activities as one of the complex but effective ways to eliminate corruption. It is concluded that this method requires a lot of effort and active support from society. Reorganization of anti-corruption bodies is considered as one of the best ways to overcome corruption. Assumptions have been made about the need for Ukraine to use international practice as one of the opportunities to modernize its own anti-corruption structure.

The article concludes that corruption is a negative phenomenon that must be combated. The need to find new methods to overcome it is noted.

Key words: corruption, abuse of law, causes of corruption, the impact of the pandemic on corruption, the main methods of overcoming corruption.

Постановка проблеми. Корупція – одна із найбільш обговорюваних тем сучасності. Науковці зазначають її руйнівний характер не тільки на державний розвиток та економіку, а й на менталітет громадян. Через це протидія корупції та корупція загалом – актуальна тема сьогодення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Визначення поняття «зловживання правом» та його взаємозв'язок із поняттям «корупція» розглядається в роботах радянських вчених-цивілістів: М.І. Бару, В.П. Грибанов, М.С. Малєїн, М.М. Агарков та ін., які заклали фундамент для подальшого дослідження сучасних вітчизняних вчених (М. Рубашенко [21], А.А. Малиновський [25], О.В. Капліна [26], А.Е. Наумов, С.Д. Радченко).

Вагомий внесок у дослідження корупції зробили такі радянські вчені, як А.І. Долгова [2], Г.К. Мішин [5], Н.В. Селіхов [6] та ін.

На сучасному етапі дослідження поняття «корупція», причин та основних методів боротьби з нею знаходять розвиток у працях таких науковців, як І.Д. Фіалковська [1], Т.Б. Качкіна [4], А.В. Качкін [4], Ю.А. Бурцев [7], А. Волошенко [9], Е.А. Нікорнов, Е.В. Рудковська [22] та ін.

Мета статті полягає у встановленні взаємозв'язку між поняттями «зловживання правом» та «корупція», визначенні поняття «корупція», окремих причин появи корупції та встановлення основних способів їх усунення із суспільної практики.

Виклад основного матеріалу. Проблема існування корупції уже багато століть не втрачає своєї актуальності. Однією з причин є те, що «корупція» – поняття, що охоплює зловживання владою та посадовими повноваженнями [25, с. 65], а отже, є одним із видів зловживання правом [5, с. 12]. Останнє своєю чергою розглядали ще перші

римські юристи. Хоча термін «зловживання правом» не був закріплений у нормах римського права, на сучасному етапі дослідження цієї правової категорії істотно базується на римському праві [21, с. 42–43].

Розвиток уявлень про зловживання правом відбувається постійно, але фундамент для подальших досліджень був закладений лише в радянські часи в галузі цивільного права. Цим питанням займалися вітчизняні вчені-цивілісти В.П. Грибанов, М.Й. Бару, М.С. Малєїн та ін. Варто зазначити, що поняття «зловживання правом» в інших галузях з'явилося значно пізніше та ґрунтується саме на цивільному праві [26, с. 286].

О.В. Капліна зазначає, що термін «зловживання правом» у буквальному розумінні означає використання права «на зло», якщо уповноважений діє в межах наданого йому права, але завдає шкоди правам інших осіб або суспільству загалом [26, с. 288].

У сучасній юридичній літературі дуже поширеним є поділ зловживання правом на дві частини:

1) зловживання громадянами своїми суб'єктивними правами;

2) зловживання владою, тобто тими правами і обов'язками, якими відповідно до чинного законодавства наділені посадові особи для реалізації завдань і функцій держави [21, с. 44; 25, с. 13]. Оскільки ця частина майже повністю збігається з поняттям «корупція», ми можемо зробити висновок, що корупція – це дійсно особливий вид зловживання правом.

У сучасній правничій літературі поняття «корупція» визначається по-різному. Наприклад, І.Д. Фіалковська визначає її як злочинну діяльність, яка полягає у використанні посадовими особами владних повноважень для особистого збагачення [1, с. 138]. Схоже тлумачення надає й А.І. Долгова, яка визначає корупцію як соціальне явище, що характеризується підкупом-продажністю державних чи інших службовців і на цій основі корисливим використанням ними в особистих або в вузькогрупових, корпоративних інтересах офіційних службових повноважень, пов'язаних із ними авторитету і можливостей [2, с. 4].

Однак ми, як і багато дослідників, не зовсім згодні з таким тлумаченням, оскільки корупція не завжди пов'язана з підкупом або хабарництвом. Наприклад, Д. Бейлі вважає, що корупція – це зловживання владою, використання її у власних цілях, які не обов'язково мають бути матеріальними. К. Фрідріх вважає, що корупція – зумовлена особистою мотивацією поведінка, яка полягає в тому, що власні цілі здобуваються за публічний рахунок [11].

Також варто зазначити, що корупція як соціальне явище напряму впливає на мораль. Так, П.А. Чебоксаров визначає корупцію як сукупність негативних явищ, що відбуваються в суспільстві та державі. Вона передусім виражається в нехтуванні посадових осіб моральними нормами та скоєнні ними діянь, спрямованих проти державної влади, інтересів державної служби та служби в органах місцевого самоврядування з особистою метою [3, с. 220].

Нині термін «корупція» настільки поширений, що визначення йому дають не тільки вчені-правознавці, а й законодавчі органи. Зокрема, Закон України «Про запобігання корупції» від 04.03.2021 р. № 1700-VII визначає цей термін як використання посадовою особою наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей із метою одержання неправомірної вигоди, або прийняття такої вигоди чи прийняття обіцянки/пропозиції такої вигоди для себе чи інших осіб, або обіцянка/пропозиція чи надання неправомірної вигоди посадовій особі або на її вимогу іншим фізичним чи юридичним особам з метою схилити цю особу до протиправного використання наданих їй службових повноважень чи пов'язаних із ними можливостей [12].

Оскільки корупція має давню історію, точно визначити її витoki неможливо. Незважаючи на це, можна роз-

глянути перші згадки про неї. Так, перші відомості про корупційні діяння можна знайти в історії Давнього Вавилону (XXIV ст. до н.е.), а саме за часів царя Лагашу Урукагіна. Він реформував державний апарат із метою припинення зловживань державними посадами чиновниками та суддями, а також захисту церкви [13, с. 94].

Схожі згадки стосовно корупції можна зустріти в багатьох юридичних пам'ятках, зокрема «Едикті Нармаба», трактаті «Артхашастра Каутільї» тощо. Виходячи з цього, можна стверджувати, що разом зі становленням та розвитком держав з'являлись нові форми та види корупції [14, с. 10].

Одні з перших офіційних проявів корупції на території України можна зарахувати до часів Київської Русі. Вони проявлялися в діяльності дружинників. Під час монгольської навали хан Батий силоміць усував хабарництво [15].

Також у XVI ст. корупція частково стає об'єктом філософського осмислення, зокрема вагомий внесок в осмислення корупції зробив Ніколо Макіавеллі. Він порівнював її з хворобою: «Спочатку її важко розпізнати, але легше лікувати. Якщо ж вона запущена, то її легко розпізнати» [16, с. 78–79].

Не менш відомий правник та філософ XVIII ст., Ш.Л. де Монтеск'є, автор праці «Про дух законів», також висловлювався про корупційні діяння: «Чтобы не было возможности злоупотреблять властью, необходим такой порядок вещей, при котором различные власти могли бы взаимно сдерживать друг друга» [17, с. 146].

Розглянувши місце держави в суспільних процесах, ми можемо зробити припущення, що вона відіграє дедалі більшу роль у соціумі саме з XIX ст. Державний апарат розширювався, тим самим набував нових проблем, однією з яких була корупція [18, с. 272].

Щодо сучасного стану корупції в Україні А.В. Волошенко пише: «З використанням корупційних схем розкрадаються або витрачаються за нецільовим призначенням кошти державного бюджету, знищуються державні підприємства і ліквідуються цілі галузі, що мають стратегічне значення для розвитку національного господарства» [9, с. 8–9].

Отже, корупція – використання влади посадовими особами, управління владними повноваженнями в особистих цілях, що суперечить нормам моралі та інтересам держави.

Неможливо намагатися протидіяти корупції, не знаючи, на чому саме вона базується. Визначити її головну причину доволі складно, оскільки причини всі взаємопов'язані. Але можна виділити три основні категорії:

- 1) недосконалість сучасного суспільства;
- 2) посилення ролі держави, її впливу на суспільство, збільшення числа посадових осіб тощо;
- 3) недосконалість чинного законодавства, правозастосовних механізмів.

Багато науковців вважають, що корупція – вічна недосконалість людської природи. Деякі з них висловлюють цікаву думку, що корупцію неможливо викоринити повністю, оскільки вона є індикатором здоров'я суспільства [1, с. 132]. Існує думка, що саме ставлення громадян до корупції визначає цей ступінь «здоров'я» суспільства [4, с. 70]. З останніми судженнями важко не погодитися.

Окрім того, Е. Шеклтон вважає, що поки держава в тій чи іншій формі регулює життя суспільства, деякий рівень корупції завжди буде існувати [19, с. 26]. Тобто корупція є там, де є державна влада.

Варто зазначити, що недосконалість законодавства та правозастосовних механізмів впливає на появу корупції не менше ніж інші причини. На нашу думку, основними критеріями такої недосконалості є:

- 1) недостатній професіоналізм законодавця; навмисне чи ненавмисне спрощення норм права, що зумовлює їхню двозначність;

- 2) нерозуміння законів громадянами;
- 3) відсутність налагоджених механізмів протидії корупції;
- 4) колізії в законодавстві, наприклад, коли одне суспільне явище регулює кілька інстанцій.

На жаль, відсутність конкретики в правовій інфраструктурі держави створює умови корумпованим державним чиновникам для суб'єктивного, а часто неправильного тлумачення статей законів і нормативних актів [10, с. 195].

Корупція є проблемою глобальною, тому проявляється в будь-якій країні, незалежно від її розвитку, менталітету, хоча й у різній кількості. Нині є досить багато рейтингів рівня корупції в різних куточках планети. Більшу увагу хочемо зосередити на Corruption Perceptions Index (Індекс Сприйняття Корупції). Підрахунком цього показника корупції з 1995 року займається авторитетна компанія «Transparency International». Відповідно до нього за даними на 2020 рік Сінгапур, Данія, Швейцарія, Нова Зеландія, Фінляндія, Швеція, Норвегія тощо вважаються найменш корумпованими країнами світу. Натомість Україна знаходиться на 117 місці, Росія – на 129. Найбільш корумпованими вважаються Венесуела, Сирія, Сомалі, Ємен, Південний Судан. Також треба враховувати те, що будь-які рейтинги стосовно корупції також містять частку суб'єктивізму [27, с. 3–4].

Відповідно до даних компанії, Білорусь із результатом 47 балів демонструє позитивну динаміку, піднявшись у рейтингу на 16 пунктів з 2012 року. Однак, як зазначається в журналі, у 2020 році почалися щотижневі громадянські протести проти неоднозначних результатів президентських виборів. Корупція так і залишилася нагальною проблемою верхівки влади цієї держави [27, с. 17].

Корупція в Німеччині стала серйозною проблемою. Фактично кожен день ЗМІ доносять до народу відомості про нові випадки зловживань службовими становищами чиновниками. На 2020 рік Німеччина посідає 9 місце у рейтингу [8, с. 59].

Актуальною проблемою нині є COVID-19 на міжнародному рівні. 2020 рік показав людству кризу у багатьох сферах, зокрема нову хвилю корупційних діянь, що завдало справедливому і рівноправному наданню глобальної допомоги і призвело до смерті сотень тисяч людей.

Розглянувши статистику детальніше, ми можемо припустити, що корупція продовжує підривати демократичні засади навіть під час пандемії COVID-19. У країнах із вищим рівнем корупції в період кризи, спричинений COVID-19, частіше спостерігаються порушення усталеного правопорядку і принципів верховенства права.

Так, Польща з 2015 року спустилась на 7 пунктів через те, що верхівка влади поступово приймала реформи, що руйнували незалежність судової гілки влади. На думку упорядників статистики, погіршило ситуацію те, що державне керівництво Польщі використовує кризу, пов'язану з пандемією, в політичних цілях, підриваючи демократичні засади, дотримання прав людини і зусилля по боротьбі з корупцією [27, с. 23].

Сполучені Штати Америки займають найнижчу ланку з 2012 року щодо показників. Певні проблеми стосовно проведення пакету допомоги на боротьбу з COVID-19 викликали стурбованість стосовно боротьби з корупцією [27].

Корупція має давню історію, а отже, вже було багато спроб вирішення цієї нагальної проблеми. На жаль, жоден так і не став стовідсотково дієвим, хоча є досить ефективні методи зниження вчинення корупційних діянь. Варто зазначити, що хабарництво та інші прояви корупційних діянь можуть впливати не тільки на політичну сферу життя країни, а й на економічну. Б. Витвицький зазначав: «Корупція – це економічне самогубство для будь-якої країни. Якщо іноземний інвестор має вибір інвестувати в країні з нижчим або ж вищим рівнем корупції, то вибір очевидний» [23, с. 5–6].

Досить багато науковців намагалися визначити дієві способи вирішення цієї проблеми. На нашу думку, Ю.А. Бурцев найкраще систематизував та виокремив найбільш поширені методи боротьби з корупцією:

1) формування негативного ставлення в суспільстві в напрямі до корупційної поведінки;

2) контроль, який відповідає за дотримання законодавства громадськими та парламентськими інституціями;

3) поквартальний аналіз правозастосовної практики з метою виявлення порушень, вжиття необхідних заходів, покликаних унеможливити або усунути корупційні порушення;

4) встановлення відповідальності у вигляді звільнення з обійманої посади, звільнення від заміщуваної посади або застосування інших заходів юридичної відповідальності. Покарання передбачене за неподання або, навпаки, дачу завідомо неправдивих відомостей про доходи, майно, витрати та зобов'язання з боку посадової особи, його дружини (чоловіка) і дітей, які не досягли повноліття;

5) перевірка відомостей, що надаються громадянами, які претендують на певний пост або заміщення посади державного або муніципального службовця;

6) впровадження в кадрову роботу державних і муніципальних структур практики ефективного та бездоганного виконання чиновником своїх посадових обов'язків [7, с. 67].

Спробуємо розглянути деякі з них детальніше. Ми вважаємо, що одним із складних та довгострокових, але найкращих шляхів вирішення корупційних діянь у світі може бути освітня та просвітницька діяльність, що буде сприяти правильному формуванню менталітету громадян. Мається на увазі відповідна робота в закладах дошкільної, шкільної, середньої та вищої освіти, з більшою увагою до юридичних інститутів, активізація роботи наукової спільноти стосовно вивчення проблеми корупції та її першоджерел, встановлення саме її витоків, пропозицій стосовно їх вирішення, а також боротьби з її наслідками. Звісно, зусилля з формування спеціалізованого антикорупційного інституту будуть марними без активної підтримки з боку громадян. Відповідно, одним із першочергових завдань є налагодження співпраці з громадянським суспільством [24, с. 23].

Одним із методів подолання та усунення корупції із суспільної практики є реорганізація відповідних установ та інстанцій, які створюються з метою подолання корупції, встановлення дієвих механізмів, що стимулюватимуть взаємодію громадянського суспільства й органів виконавчої влади для реалізації антикорупційної політики. Досить дієвим може стати переїняття позитивного досвіду інших країн. Наприклад, Бюро Розслідування Корупційної Діяльності було засновано в Сінгапурі в 1952 р. як незалежний антикорупційний орган. У його завдання входить попередження та розслідування злочинів, пов'язаних із корупцією як у державному, так і в приватному секторі. До основних функцій БРКД входить отримання та розслідування скарг на можливі випадки корупції, розслідування протизаконних дій і зловживань посадовими повноваженнями, скоєних державними службовцями, а також запобігання корупції з урахуванням результатів аналізу практики і порядку роботи державних установ, щоб звести до мінімуму можливості для поширення наслідків дій корупціонерів [24, с. 43]. Україна, на нашу думку, має використовувати подібну практику, оскільки це одна з можливостей модернізувати власну антикорупційну структуру.

Можна назвати чимало чинників, що зумовлюють поширення корупційної діяльності в державі і низьку ефективність заходів протидії. Але, на думку О. Кальмана, є один чинник, який і зумовлює прояви всіх інших чинників. Це відсутність жорсткого соціально-правового контролю за діяльністю посадових осіб та їхнього відповідальністю в умовах демократизації суспільного життя і переходу до ринкових відносин [20, с. 149].

Висновки. Корупція – актуальна тема сьогодення, оскільки питання корупції, її причини та наслідки є дійсно обговорюваними не тільки в усіх прошарках суспільства, а й на державному рівні.

Корупція – один із видів зловживання правом, оскільки передбачає зловживання владою, це використання влади посадовими особами, управління владними повноваженнями для особистих цілей, що суперечить нормам моралі та інтересам держави.

Таким чином, поглиблення доктринального розуміння корупційного діяння у правовій системі, заходів щодо його запобігання та протидій, дослідження передумов виникнення сприятимуть розвитку антикорупційної діяльності держави, формуванню системи практичних заходів щодо боротьби із цим негативним явищем. Тому необхідно застосовувати методи боротьби, що спрямовані на зниження частоти вчинення корупційних діянь.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фиалковская И.Д. Коррупция: понятие, признаки, виды. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2018. № 1. С. 137–142.
2. Долгова А.И. Определение коррупции и законодательство о борьбе с ней. *Коррупция и борьба с ней*. Москва, 2000. С. 4.
3. Чебоксаров П.А. Проблема коррупции на уровне местного самоуправления. *Актуальные проблемы антикоррупционной политики на региональном уровне* : материалы региональной научно-практической конференции, г. Санкт-Петербург. Санкт-Петербург, 2001. С. 220–221.
4. Качкина Т.Б., Качкин А.В. Коррупция и основные элементы стратегии противодействия ей : учебное пособие. Ульяновск : ОАО «Областная типография «Печатный двор», 2010. 80 с.
5. Мишин Г.К. Коррупция: понятие, сущность, меры ограничения. Москва : Акад. МВД СССР, 1991. 34 с.
6. Селихов Н.В. Коррупция в государственном механизме современной России (теоретические аспекты) : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.01. Екатеринбург, 2001. 268 с.
7. Бурцев Ю.А. Коррупция в России: причины возникновения и методы борьбы. *Transport business in Russia*. 2017. № 2. С. 66–67.
8. Кури Х., Ильченко О.Ю., Данилов А.П. Частные криминологические проблемы. *Проблема коррупции в Германии*. 2011. С. 52–60.
9. Волошенко А. Корупція: історичні витоки та сучасні прояви. *Економічна теорія та історія економічної думки*. 2015. № 3 (165). С. 8–16.
10. Сидоренко О.О. Протидія корупції як запорука ефективної правової системи держави. *Корупційні ризики в публічній службі: компаративно-правовий аналіз досвіду Країн Східної та Західної традицій права* : тези доп. регіон. наук.-практ. круглого столу, м. Запоріжжя, 28 берез. 2018 р. Запоріжжя, 2018. С. 194–198.
11. Political corruption: A hand book / ed. by A. J. Heldenheimer. Oxford : Transaction, 1985. 268 p.
12. Про запобігання корупції : Закон України від 04.03.2021 р. № 1700-VII.
13. Прохоров А.М. Большая Советская Энциклопедия (В 30 томах). Москва : Советская энциклопедия, 1977. Т. 6. 624 с.
14. Суслов В.А. Герменевтика права. *Правоведение*. 2001. № 5. С. 4–12.
15. Грушевський М.С. Історія України-Руси. Львів, 1905. Т. 3. 588 с.
16. Макивелли Н. Избранное. Москва : Рипол Классик, 1998. 800 с.
17. Монтескье Ш. О духе законов. М. : Рипол Классик, 2016. 690 с.
18. Изотов М.О. Генезис понятия коррупции в социально-философской мысли. *Научные ведомости*. 2010. № 2 (97). С. 270–278.
19. Shackleton J. Corruption: An essay in economic analysis // *Political Quart*. 1978. № 1 (49). С. 25–37.
20. Кальман О.Г. Місце і значення соціально-правового контролю в системі заходів протидії корупції в Україні. Відповідальність посадових осіб за корупційну діяльність. *Liability of Public Officials for Corruption* : збірник матеріалів міжнар. наук.-практ. семінару, м. Харків. Харків, 2003. С. 148–151.
21. Рубашенко М. Зловживання правом як загальноправова категорія: допустимість, сутність, кваліфікація. *Юридичний журнал*. 2010. № 12. С. 42–51.
22. Рудковская Е.В., Войченко Н.В. Проблемы коррупции в Российской Федерации. *Вестник КамчатГТУ*. 2015. № 33. С. 76–82.
23. Витвицкий Б. Корупція у публічному секторі: методи попередження та протидії. *Буковинський вісник державної служби та місцевого самоврядування*. 2009. № 1. С. 5–8.
24. Клеменчич Г., Стусек Я. Специализированные институты по борьбе с коррупцией: обзор моделей. Марибор : Университет Марибор, 2006. 140 с.
25. Малиновский А.А. Злоупотребление правом : монография. Москва : МЗ Пресс, 2002. 128 с.
26. Капліна О. Проблеми зловживання правом у кримінальному процесі. *Вісник Академії правових наук України*. 2010. № 3 (62). С. 286–295.
27. Transparency International: Индекс Восприятия Коррупции 2020. URL: www.transparency.org/cpi (дата звернення: 16.04.2021).

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ПРИНЦИП ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ СВОБОДИ ЛЮДИНИ

THE RULE OF LAW AS A PRINCIPLE FOR ENSURING HUMAN FREEDOM

Стаднік І.В., старший викладач
кафедри теорії та історії держави і права та адміністративного права
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Тріпак Ю.Р., студентка IV курсу
юридичного факультету
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Статтю присвячено дослідженню однієї з актуальних теоретико-правових проблем розбудови правової держави, а саме верховенству права як принципу забезпечення свободи людини. Авторами проаналізовано основні підходи до визначення змісту свободи людини та доведено, що вона являє собою можливість свідомого вияву людиною власної волі в умовах справедливої нормативної системи, яка забезпечує узгодження індивідуальних волей та правовий порядок у суспільстві. Автори акцентують на соціальній природі свободи та підкреслюють, що саме свобода людини є одним із головних критеріїв розмежування формального та змістовного підходів до розуміння верховенства права. Доводиться, що істинна свобода людини в суспільстві неможлива без встановлення відповідних меж на основі загальновідомого принципу: «Права і свободи однієї людини закінчуються там, де починаються права і свободи іншої людини».

Узагальнено основні підходи до характеристики принципу верховенства права в контексті його взаємозв'язку зі свободою людини на міжнародному рівні (зокрема, Європейською комісією «За демократію через право»), а також із позиції Конституційного Суду України. Автори підкреслюють необхідність широкого (змістовного) розуміння верховенства права як принципу забезпечення свободи людини.

Доводиться дуалізм у взаємодії верховенства права та свободи людини, який виражається в тому, що, по-перше, дійсне забезпечення свободи людини можливе виключно за умови втілення верховенства права в життя суспільства не на рівні декларації, а як дієвого принципу організації та функціонування державно-правової організації суспільства, а по-друге, рівень верховенства права в суспільстві визначається, насамперед, рівнем свободи людини.

Ключові слова: свобода людини, справедливість, принцип верховенства права, формальне розуміння верховенства права, змістовне розуміння верховенства права, законність, права людини, нормативний порядок, правовий порядок, держава, моральний принцип.

The article is devoted to the study of one of the topical theoretical and legal problems of building a rule of law, namely the rule of law as a principle of providing human freedom. The authors analyze the main approaches to the determination of the content of human freedom and prove that it is a possibility of a conscious man's manner in a fair normative system, which ensures the coordination of individual will and legal order in society. The authors focus on the social nature of freedom and emphasize that it is human freedom is one of the main criteria for the delimitation of formal and meaningful approaches to understanding the rule of law. It is necessary that the true freedom of man in society will be impossible without establishing the relevant limits on the basis of the well-known principle of "Rights and freedoms of one person end there, where the rights and freedoms of another person begin".

The main approaches to the characteristics of the rule of law in the context of its interconnection with freedom of man as internationally (in particular, by the European Commission "For Democracy through Law"), as well as from the point of view of the Constitutional Court of Ukraine. Authors emphasize the need for a broad (meaningful) understanding of the rule of law as a principle of providing human freedom.

There are dualism in the interaction of the rule of law and human freedom, which is expressed in that, firstly, the real provision of human freedom is possible exclusively subject to the rule of law in the life of society not at the level of the declaration, but as an effective principle of organization and functioning of the state-legal organizations of society, and, secondly, the rule of law in society is determined primarily the level of human freedom.

Key words: human freedom, justice, principle of rule of law, formal understanding of the rule of law, meaningful understanding of the rule of law, legality, human rights, normative order, legal order, state, moral principle.

...what law is for is not to abolish or restrain freedom but to preserve and enlarge it; for in all the states of created beings who are capable of laws, where there is no law there is no freedom. Liberty is freedom from restraint and violence by others; and this can't be had where there is no law.
John Locke [1, с. 20]

Свобода... Яке просте і одночасно багатогранне за своїм внутрішнім наповненням слово! Воно містить величезну кількість відтінків (зокрема: 1) відсутність політичного й економічного гноблення, утиску й обмежень у суспільно-політичному житті якого-небудь класу або всього суспільства; воля; 2) життя, існування і таке інше, без залежності від кого-небудь, можливість поводитися на свій розсуд; 3) можливість діяти без перешкод і заборон у якій-небудь галузі; 4) можливість вияву суб'єктом своєї волі в умовах усвідомлення законів розвитку природи і суспільства [2, с. 98]), що протягом багатьох століть досліджувалися представниками різних наукових напрямів: філософами, правниками, політологами, економістами тощо. У сучасному цивілізованому світі свобода є невід'ємною від засадничих принципів формування громадянського суспільства та правової держави, неостанню роль серед яких відіграє верховенство права. Стан забез-

печення та реалізації верховенства права – це не просто мірило взаємовідносин між людиною та державою, це свідчення відповідного цивілізаційного вибору, в основі якого поважає до прав і свобод людини та цінностей демократії. У цьому сенсі верховенство права виступає не лише як принцип, а як певна ідеологічна парадигма цивілізованої держави, тобто як ідеальна модель взаємодії права та держави, яка формується на основі загального сприйняття членами суспільства базових правових цінностей і фундаментальних знань із метою забезпечення обмеження державної влади, захисту прав і свобод людини від свавільного втручання держави (її органів) на основі законності та справедливості [3, с. 21]. Підкреслюючи роль верховенства права, Б. Таманага характеризує його як виключний і легітимуючий політичний ідеал нинішнього світу, велике досягнення, яке заслуговує на збереження та схвалення [4, с. 11–12].

Різні аспекти верховенства права неодноразово досліджувалися в науковій літературі, зокрема в роботах Т.Р.С. Аллана, С. Головатого, В. Горбань, А. Дайсі, Р. Дворкіна, В. Михайленка, Р. Падалки, П. Рабіновича, Т.М. Скенлона, Б. Таманаги, Л.Л. Фуллера та інших. Дослідженню філософського та політико-правового аспектів категорії «свобода» присвятили свої праці Ф. Аквінський,

Х. Арендт, Аристотель, І. Берлін, Ю. Габермас, Т. Гоббс, Дж. Локк, І. Льїн, І. Кант, Платон, В. Соловйов, Дж. Ролз та інші. Однак проведені дослідження вказаних та багатьох інших авторів не вичерпують вказаної проблематики, оскільки потребують переосмислення в контексті визначення змісту та сутності верховенства права як основи свободи людини, як принципу забезпечення останньої. Наведене підтверджує актуальність теми цього дослідження, що й зумовило її вибір.

Метою статті є узагальнення основних світоглядних підходів до визначення поняття і змісту свободи, а також конкретизація змісту верховенства права як принципу забезпечення свободи людини.

Концепт «свобода людини» формувався в різні історичні епохи під впливом різноманітних, іноді суперечливих світоглядних концепцій та ідеологічних парадигм. Сучасні інтерпретації, узагальнюючи історичний досвід, намагаються врахувати тенденції розвитку суспільства та новітні уявлення про права людини, їх обсяг і зміст. Так, О.П. Донченко на основі аналізу генеалогії свободи в історії філософсько-правової думки зробив низку умовиводів, що становлять певний інтерес у контексті досліджуваної проблематики, зокрема: 1) протягом історії свобода розглядається у зв'язку з категорією необхідності в різних інтерпретаціях (від протилежності до єдності); 2) свобода завжди має особистісний зміст, оскільки являє собою стан самовизначення суб'єкта, який є свідомим і відповідальним творцем, оскільки вибирає цілі та засоби своєї діяльності; 3) свобода є двовимірною, оскільки є одночасно явищем психологічного порядку і суспільною категорією (це дає змогу виділити дві її іпостасі: внутрішню та зовнішню); 4) безперешкодне здійснення особою абсолютно всіх своїх намірів є сваволею [5, с. 21].

Фактично свобода індивіда є сутнісною константою у визначенні його як самостійно діючого суб'єкта, наділеного можливістю вибору відповідно до своїх потреб, бажань та цілей. На думку І. Канта, свобода кожного члена суспільства як людини, його рівність із кожним іншим як підданого та самостійність як громадянина – це ті апріорні принципи, на яких заснований громадянський стан, що є правовим. При цьому свобода людини як члена суспільства виражається у формулі: ніхто не може примусити мене бути щасливим так, як він хоче (так, як він уявляє собі добробут інших людей); кожен має право шукати своє щастя на тому шляху, який йому самому видається добрим, якщо тільки він цим не завдасть шкоди свободі інших прагнути до подібної мети – свободи, сумісній із можливим загальним законом її свободою кожного іншого (тобто з таким самим правом іншого). Таке право на свободу належить члену спільноти як людині, оскільки вона є правоздатною істотою [6, с. 196–197]. Отже, запорукою побудови успішної правової держави є визнання триади «свобода-особистість-право», без реалізації якої неможливе забезпечення ціннісного ставлення до людини і яка має не просто існувати на рівні задекларованого принципу, а й реально визначати нормативно оформлений зміст діяльності держави. Одночасно це виражається в сприйнятті права як мірила свободи, оскільки воно створює нормативну основу останньої, гарантує її реалізацію, виступає найефективнішим засобом її охорони та захисту (принаймні, прагне до цього). Саме тому, як би парадоксально це не звучало, істинна свобода людини в суспільстві неможлива без встановлення відповідних меж на основі загальновідомого принципу: «Права і свободи однієї людини закінчуються там, де починаються права і свободи іншої людини».

Забезпечити цю справедливість можна лише в умовах верховенства права, що з часом викристалізується як фундаментальний принцип, прояву загальнолюдських цінностей, розвитку культури суспільства, в тому числі й правової, головного засобу суспільного розвитку, своє-

рідної демонстрації етапів формування та еволюції правової системи. Саме ця система, її сутність і природа, її вимір як соціального феномена визначають взаємозв'язок права і правопорядку, права і свободи, права і відповідальності, права і рівності, права і справедливості [7, с. 28].

Загалом не викликає сумнівів, що верховенство права («the Rule of Law») є одним із ключових ідеалів ліберальної політичної моралі, зміст якого розкривається через низку загальновизнаних формальних та процедурних положень, до яких, зокрема, належать рівність, моральність, справедливість, законність, розумність, свобода громадян, загальність, ясність, публічність, наявність незалежної судової системи тощо і які у своїй сукупності унеможливають його вихолощення шляхом формального зведення виключно до панування закону. І тут варто погодитися, що явна несправедливість законів, відсутність незалежної судової системи (розподіл влади є невід'ємним складником верховенства права) або відсутність свободи унеможливають верховенство права [8, с. 100].

У цьому сенсі на особливу увагу заслуговує позиція Л.Л. Фуллера, який, аналізуючи мораль права, фактично розкриває зміст верховенства права, в тому числі за допомогою методу «від супротивного», формулюючи ознаки, які унеможливають панування права, та визнаючи такими, зокрема, таємні закони та таємні судові процеси, закони, які не можуть накладати зобов'язання та сфальшовані судові провадження [9]. На останню обставину звертає увагу і Р. Дворкін, який зауважує, що верховенство права не може розглядатися з позиції «все або нічого», інакше держави, які не дотримуються цього принципу в якомусь одному аспекті, мали б вважатися тираніями, і з цих позицій визначає його як певне прагнення, підкреслюючи значення ступеня його втілення в життя [10, с. 16]. Фактично Р. Дворкін виступає як прихильник змістовного (матеріального) підходу до визначення сутності верховенства права, оскільки, на його думку, остання визначається не лише способом запровадження закону (чи був він прийнятий компетентним суб'єктом), характером його положень (чи був він зрозумілим для адресатів) та його темпоральними властивостями (чи є ці положення перспективними), а насамперед змістовною складовою частиною права – є закони добрими чи поганими, якщо формальні вимоги верховенства права були дотримані. Це проявляється і в його оцінці розбіжностей між Дж. Разом (тиранія, яка слідує встановленим нею правилам, є чимось добрим, хоча і не надто) і Т. Бінгемом (немає нічого доброго тільки в тому, щоб суворо дотримуватися належним чином прийнятих правил) та підтримці останнього [10, с. 17, 22], і в його позиції, що «гідність і заснована на ній легітимність повинні залежати, врешті-решт, не тільки від формальної законотворчої процедури, а й від принципової чесності, яка має стати результатом цієї процедури» [10, с. 22].

Не можна не погодитися з тим, що поняття верховенства права є досить багатогранним, що фактично унеможливає вироблення його чіткого визначення, яке б охоплювало усі його сутнісні характеристики [3, с. 19]. Водночас у контексті теми дослідження більш цікавим та важливим видається те, що всі намагання дати таке визначення або взагалі будь-яке згадування верховенства права так чи інакше супроводжуються його поєднанням у різних комбінаціях зі свободою. Так, з позиції Конституційного Суду України «*верховенство права* – це панування права у суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті насамперед ідеями соціальної справедливості, *свободи*, *рівності*» (абз. 2 підпункту 4.1 п. 4 мотивувальної частини рішення КСУ від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004) [11]. У Преамбулі Статуту Ради Європи підтверджується відданість держав-членів «духовним та моральним цінностям, що є спільною складниною їхніх народів та справжнім джерелом *свободи* особи, політичної свободи і *верховенства права* – принци-

пів, що становлять підвалини кожної правдивої демократії» [12]. Європейська комісія «За демократію через право» (Венеційська комісія), аналізуючи виклики майбутнього, наголошує, що «*верховенство права* має бути приведені до такого стану, коли *свобода* для всіх буде забезпечена навіть у тих ділянках, де гібридні (державно-приватні) суб'єкти чи приватні особи є відповідальними за виконання завдань, які раніше належали до сфери компетенції державних органів», і тим самим визнає, що його сутність як керівного принципу має бути розширена так, «щоб охопити не лише ділянку співпраці між державою і приватними суб'єктами, а й діяльність приватних суб'єктів, можливості яких порушувати особисті права є такими ж, як і можливості органів державної влади» [13].

Неважко помітити, що свобода і верховенство права або розглядаються як самостійні принципи, пов'язані спільними джерелами походження, або як явища, що визначають існування одне одного. Однак у будь-якому разі зіставлення цих категорій є неможливим в умовах формального розуміння верховенства права, коли його зміст фактично зводиться до дотримання приписів законодавства незалежно від його змісту. Найбільш яскраво це проявляється в позиції Дж. Раза, що «недемократичні правові системи, засновані на запереченні прав людини, на поширеній серед населення бідності, на расовій сегрегації, сексуальній нерівності та релігійних переслідуваннях, в принципі, можуть відповідати вимогам верховенства права більше, ніж будь-яка з правових систем більш освіченої західної демократії <...> Це буде незрівнянно гірша правова система, але вона буде переважати в одному відношенні: вона відповідатиме верховенству права <...> Закон може <...> встановити рабство без порушення верховенства права» [14; 10, с. 17]. Така позиція перегукується з поглядами Г. Кельзена, що в житті варто задовольнятися тією лише порівняною справедливістю, яку можна углядіти в будь-якому позитивному правопорядку та у стані миру і безпеки, який цей правопорядок – більшою чи меншою мірою – забезпечує [15, с. 208–209]. Зрозуміло, що такий підхід виключає будь-який зв'язок між свободою людини та верховенством права, оскільки зводить останнє до неухильного дотримання приписів законодавства, навіть якщо воно суперечить ідеалам справедливості та правам людини як найвищої соціальної цінності. Тобто сприйняття верховенства права виключно як дотримання режиму законності є неприйнятним із позиції сучасного розвитку держави та суспільства, цивілізованість яких визначається, насамперед, станом прав і свобод людини, рівнем їх гарантування та захисту [3, с. 19]. І тут доречно видається позиція Т. Бінгема, що державу, яка застосовує жорсткі репресії або переслідування щодо окремих груп населення, не можна розглядати як таку, що дотримується верховенства права, навіть якщо перевезення переслідуваної меншості до концтабору або вимушене залишення напризволяще новонароджених дівчат на схилах гір є предметом регулювання деталізованих і належним чином прийнятих законів, що неухильно дотримуються [16; 10, с. 17]. Дійсно, жодне прагнення до законного порядку не може бути виправданням будь-яких порушень прав людини або безпідставного обмеження її свободи.

Видається, що аналіз взаємозв'язку свободи людини та верховенства права потребує врахування принципу справедливості, який, на думку Г. Кельзена, є досить важливим у політичному значенні і походить із моральної системи, в межах якої найвищою цінністю визнається індивідуальна свобода як індивідуалістична вимога, згідно з якою людина не має підкорятися жодному нормативному порядку, що регулює її поведінку щодо інших та тим самим обмежуює

її індивідуальну свободу. Таке розуміння індивідуальної свободи зумовлює висновок про асоціальний і навіть анти-соціальний характер цього принципу. Свобода перетворюється на соціальний (моральний) принцип і стає проявом справедливості лише за умови відповідних змін: свобода від нормативного порядку стає свободою всередині нормативного порядку, свобода від «незв'язаності» – свободою «самозобов'язання» (самовизначеності) [15, с. 196]. Однак рівень свободи всередині нормативного порядку може бути різним: від максимального звуження (свобода виконання свого обов'язку перед державою та суспільством) до максимального широкого розуміння (реального втілення принципу «Свобода одного закінчується там, де починається свобода іншого»). Забезпечити останнє можна виключно в умовах реального втілення принципу верховенства права, орієнтирами для оцінки якого в конкретних історичних умовах є: 1) доступність закону (в тому значенні, що закон має бути зрозумілим, чітким і передбачуваним); 2) питання юридичних прав мають бути вирішені нормами права, а не на основі дискреції; 3) рівність перед законом; 4) влада має здійснюватися у правомірний, справедливий і розумний спосіб; 5) права людини мають бути захищені; 6) мають бути забезпечені засоби для розв'язання спорів без надмірних матеріальних витрат чи надмірної тривалості; 7) суд має бути справедливим; 8) дотримання державою як її міжнародно-правових обов'язків, так і тих, що зумовлені національним правом (п. 37 Доповіді Венеційської комісії «Верховенство права») [13]. Такий підхід до визначення сутнісних характеристик верховенства права зумовлює визнання, що жодна система норм, якою б досконалою вона не була за формою, не може претендувати на статус права, якщо вона не забезпечує свободу і рівність через створення досконалої системи гарантування та захисту прав людини і громадянина. Саме тому права і свободи людини традиційно розглядаються в юридичній літературі в контексті принципу верховенства права і правової держави. Отже, права людини і верховенство права можуть існувати й ефективно діяти тільки в одній зв'язці [17, с. 224].

Таким чином, проведений аналіз основних світоглядних підходів до визначення поняття і змісту свободи людини дає змогу визначити її як можливість свідомого вияву людиною власної волі в умовах справедливої нормативної системи, яка забезпечує узгодження індивідуальної волі з правовим порядком у суспільстві. Видається, що таке розуміння дає змогу визнати її одним із головних критеріїв розмежування формального та змістовного підходів до розуміння верховенства права.

Крім того, конкретизація змісту верховенства права як принципу забезпечення свободи людини має супроводжуватися визнанням певного дуалізму у взаємодії цих категорій, який виражається в тому, що, по-перше, дійсне забезпечення свободи людини можливе виключно за умови втілення верховенства права в життя суспільства не на рівні декларації, а як дієвого принципу організації та функціонування державно-правової організації суспільства, а по-друге, рівень верховенства права в суспільстві визначається, насамперед, реальністю (а не задекларованістю) свободи людини. Забезпечення останньої значною мірою залежить від рівня правової культури суспільства, забезпечення ціннісного ставлення до людини, її прав і свобод, а також правової свідомості особистості, сформованості в неї стійкої правової установки на правомірну поведінку та визнання соціальної та інструментальної цінності права, сприйняття його як засобу задоволення інтересів і потреб та захисту прав і свобод останньої.

ЛІТЕРАТУРА

1. John Locke. Second treatise of government (Johnathan Bennett ed., 2008 ed.) (1689). URL: <https://www.earlymoderntexts.com/assets/pdfs/locke1689a.pdf>
2. Словник української мови: в 11 т. / АН УРСР, Ін-т мовознав. ім. О.О. Потебні; редкол.: І.К. Білодід (голова) та ін. Київ: Наук. думка, 1970–1980. Т. 9: С / ред. тому: І.С. Назарова та ін. 1978. 916 с.

3. Стаднік І.В., Краковська А.Є. Верховенство права як ідеологічна парадигма цивілізованої держави. *Право і суспільство*. 2020. № 6. Ч. 1. С. 17–22.
4. Таманага Б. Верховенство права: історія, політика, теорія / Перекл. з англ. А. Іщенка. Київ : Вид. дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.
5. Донченко О.П. Категорія свободи в історії філософії права. *Науковий вісник Чернівецького університету*. 2010. Випуск 533. Правознавство. С. 15–22.
6. Кант І. К вичному миру: зборник / пер. с нем. І.Д. Копцева, І.А. Шапіро, Ц.Г. Арзаканьяна і др. М.: РИПОЛ класик, 2019. 434 с.
7. Зайчук О.В. Деякі практичні засади реалізації принципу верховенства права. *Збірник наук. праць Ін-ту законодавства Верховної Ради України*. Київ : Реферат, 2005. С. 28–31.
8. Тріпак Ю.Р. «Право на громадянську непокору» в контексті свободи слова та верховенства права. *Осінні юридичні читання – 2020. Сучасні проблеми законодавства, практики його застосування та юридичної науки*. Випуск XXVIII : Матеріали Всеукраїнської науково-практичної інтернет-конференції здобувачів вищої освіти і молодих учених «Осінні юридичні читання – 2020». 26 листопада 2020 р. Вінниця : ДонНУ імені Василя Стуса, 2020. С. 99–103.
9. Фуллер Лон Л. Мораль права. Москва : ИРИСЭН, 2007. 308 с.
10. Дворкін Р. Верховенство права. *Філософія права і загальна теорія права*. 2013. № 1. С. 15–23.
11. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. № 15-рп/2004 у справі за конституційним поданням Верховного Суду України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статті 69 Кримінального кодексу України (справа про призначення судом більш м'якого покарання). *Офіційний вісник України*. 2004. № 45. С. 41. Ст. 2975.
12. Статут Ради Європи: Підписано у м. Лондон, 5 травня 1949 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_001#Text.
13. Верховенство права: доповідь, схвалена Венеційською комісією на 86-му пленарному засіданні (Венеція, 25–26 березня 2011 року) / Пер. С. Головатого (за підтримки Американської агенції з міжнародного розвитку USAID). *Право України*. 2011. № 10. С. 168–184. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr).
14. Raz J. *Between Authority and Interpretation: On the Theory of Law and Practical Reason*. Oxford University Press. 2009.
15. Чистое учение о праве Ганса Кельзена: зборник переводов. Випуск 2 / Отв. ред.: Кудрявцев В.Н., Разумович Н.Н.; Пер.: Лезов С.В. Москва : Изд-во ИНИОН РАН, 1988. 213 с.
16. Bingham T. *The Rule of Law*. Penguin Books Limited. 2011. 213 p.
17. Макаренко Л.О. Верховенство права як принцип природного права. *Альманах права*. 2012. № 3. С. 222–229.

ВЕРХОВЕНСТВО ПРАВА ЯК ОСНОВОПОЛОЖНИЙ ПРИНЦИП ПРАВОВОЇ ДЕРЖАВИ

THE RULE OF LAW AS A FUNDAMENTAL PRINCIPLE OF THE CONSTITUTIONAL STATE

Сябренко В.В., студентка I курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Татарінова А.В., студентка I курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

У публікації здійснено спробу дослідити верховенство права як один із фундаментальних принципів держави, яка проголошує себе правовою. Розкрито такі поняття, як «верховенство права», «правова держава», «демократія», «державна влада», «законність». Пріоритетом уваги саме основним концепціям (процесуальній (формальній) та матеріальній (змістовій)) розуміння явища «верховенство права» та виокремленню цього принципу серед інших суспільно-правових регуляторів, які впливають на організацію державної влади в межах правового поля. Висвітлено принципи та основні елементи (чіткість, стабільність, судовий контроль і т.д.), характерні властивості верховенства права (спосіб «побудови» державної влади на правових засадах; прояв природного права тощо).

Викладено теоретичний розгляд цього принципу у сфері організації державної влади в суспільстві в широкому («верховенства права над державою») та вузькому («верховенство права над законом») аспектах. З'ясовано роль та місце верховенства права як правової цінності та співвідношення Основного Закону з принципом верховенства права. У нашій країні проголошується і діє цей принцип, який становить основу конституційного ладу. Створення державою надійних сприятливих умов для впровадження верховенства права в усі суспільні відносини, закріплення на законодавчому рівні гарантій його забезпечення та механізму захисту у разі порушення цього принципу є її пріоритетними напрямками, адже у правовій державі людина, її життя, здоров'я, честь, гідність, права і безпека є найвищою цінністю. Забезпечення захисту цих цінностей має стати головною метою юридичної науки й практики.

У роботі сформульовано також висновки, в яких викладено узагальнені положення щодо верховенства права як основоположного принципу правової держави, його основні риси та складники, значення та роль для України як правової країни.

Ключові слова: правова держава, верховенство права, закон, права людини, державна влада, демократія.

The publication attempts to explore the rule of law as one of the fundamental principles of a state that declares itself legal. Concepts such as "rule of law", "rule of law", "democracy", "state power", "legality" are revealed. Attention is paid to the basic concepts (procedural (formal) and material (substantive)) understanding of the phenomenon of "rule of law" and the separation of this principle among other social and legal regulators that affect the organization of state power within the legal field. The principles and basic elements (clarity, stability, judicial control, etc.), the characteristic properties of the rule of law (the method of "building" state power on a legal basis; the manifestation of natural law, etc.) are highlighted.

Theoretical consideration of this principle in the field of organization of state power in society in a broad ("rule of law over the state") and narrow ("rule of law over the law") aspects. The role and place of the rule of law as a legal value and the relationship of the Basic Law with the principle of the rule of law are clarified. In our country, this principle is proclaimed and operates, which is the basis of the constitutional order. The creation by the state of reliable favorable conditions for the introduction of the rule of law in all social relations, the consolidation at the legislative level of guarantees for its provision and the mechanism of protection in case of violation of this principle are its priority areas. After all, in a state governed by the rule of law, a person, his life, health, honor, dignity, rights and security are the highest values. Ensuring the protection of these values should be the main goal of legal science and practice.

The paper also formulates conclusions, which set out generalized provisions on the rule of law as a fundamental principle of the rule of law, its main features and components, meaning and role for Ukraine as a state governed by the rule of law.

Key words: constitutional state, rule of law, law, human rights, state power, democracy, legality.

Постановка проблеми. Одним із найважливіших аспектів у здобутті теоретичних знань у сфері права виступає, насамперед, з'ясування поняття «правова держава» та її фундаментальних принципів, зокрема верховенства права, адже процес формування країни, державної влади є складним і має супроводжуватись не лише економічними, соціальними, політичними реформами, а й створенням демократичної правової системи з юридично закріпленим та фактично реалізованим у суспільстві верховенством права. Саме завдяки справжньому та цілісному впровадженню вказаного вище принципу можливий високий та спрямований розвиток суспільства.

Ця тема залишається актуальною і нині для більшості правників, тому що ступінь впровадження верховенства права в державі впливає на рівень корупції, можливість забезпечення справедливого правосуддя, прийняття конституційних законів та правильного їх застосування. А тому істотну вагу має створення в державі сприятливих умов запровадження верховенства права у більшості суспільних відносин.

Однак важливим для загальної теорії права залишається чітко теоретичне закріплення положень, дефініцій

явищ, які безпосередньо впливають на практичну реалізацію верховенства права у процесі організації державної влади.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Оскільки поняття «верховенство права» належить до загальнотеоретичних, його визначення має здійснювати, насамперед, загальнотеоретична юриспруденція.

Знайти та проаналізувати особливості цього феномена можна в наукових працях зарубіжних вчених. Методологічні та концептуальні основи теоретико-філософської сутності верховенства права розкриті в роботах А. Беднер [14], Б. Таманага [1], М. Розенфельд [13], Р. Саммерс [7] та інші.

Вітчизняна правова теорія пов'язана з такими науковцями, як А. Заєць [9], М. Цвік [6], О. Петришин [3], П. Рабінювич [11], С. Погребняк [4], С. Шевчук [10], Т. Слінько [2], Т. Чепульченко [5] та іншими. Верховенству права як одному з проявів справедливості та розумності науковці приділяють велику увагу на доктринальному рівні, проте варто вдосконалювати науково-практичні дослідження у колі цієї проблематики саме на вітчизняному рівні, аби повноцінно реалізувати цей принцип у правовій системі України.

Формулювання цілей статті (постановка завдання).

Головна мета статті – дослідити та проаналізувати наукові роботи цієї тематики, Конституції України, сутності та особливостей реалізації верховенства права в Україні, а також узагальнити та спробувати визначити поняття «правова держава», «верховенство права», з'ясувати відповідні ознаки та характерні риси, значення та вплив на суспільні відносини вказаних явищ.

Виклад основного матеріалу дослідження. Правова держава – це суверенна політична, територіальна організація влади, яка може існувати тільки в цивільному демократичному суспільстві і базується на основі соціально-справедливого права. Існує популярна думка, що правова держава – це утопія, якої неможливо досягти. Суспільство, в якому нічий права не порушуються, а всі громадяни суворо дотримуються законодавства, утопічне. Проте, незважаючи на недосяжність такої цілі, усі країни мають прагнути прогресувати та ставати краще.

До принципів функціонування правової держави належать: верховенство права; своєчасне встановлення правового законодавства; стабільне правове упорядкування; безумовне підпорядкування правовому закону усіх без винятку суб'єктів права; взаємна правова (юридична) відповідальність особи та держави; людині, громадянину та її організаціям дозволено все, що не заборонено законом; державним структурам дозволено лише те, що передбачено законами, які чітко визначають їх компетенцію; презумпція невинуватості; немає злочину, який не вказаний у правовому законі тощо [12, с. 205]. Більш детально розглянемо такий принцип, як «верховенство права».

У терміна «верховенство права», подібно до «демократії», стільки ж визначень, скільки є правознавців, що безпосередньо зацікавлені у цьому питанні [1, с. 130]. Верховенство права посідає особливе місце – воно є виключним та невід'ємним політичним ідеалом сьогоденного світу, проте водночас згоди щодо його точного значення немає [2, с. 11]. «Верховенство права» в найглибшому сенсі означає соціальний консенсус щодо справедливості законів, які мають обмежувати поведінку правителя в певний момент часу. Правитель не є сувереном, сувереном є право, і правитель є легітимним лише доти, доки черпає свої повноваження з останнього [1, с. 130].

Ідея верховенства права є результатом боротьби цивілізації за свободу людини від свавілля держави. Упродовж століть, починаючи з доби Середньовіччя, західна юридична думка і суспільна практика в різні часи з різною енергійністю розробляли «фундамент будівлі» верховенства права як ефективного (справедливого, розумного, демократичного) державного ладу на різноманітних засадах, об'єктивно доступних людському розумінню в певний час і в певному місці. Дослідники називають різних попередників доктрини верховенства права. Серед загальнознайомих мислителів слід зазначити римського популяризатора демократичних ідей Цицерона, сміливих авторів і натхненників Великий Хартії вольностей, фундаторів концепції обмежень державного суверенітету правами та свободами громадян, англійських, французьких і американських просвітителів, батьків-засновників США тощо [3, с. 495].

У сучасній літературі існує багато різних визначень верховенства права, що дещо різняться та конкурують. Тим не менш усі вони можуть бути зведені до двох груп, що відомі як процесуальна (формальна) і матеріальна (змістова) концепції. Цей поділ можна вважати навіть стандартом у теорії права. Основну відмінність між ними можна визначити так: процесуальні теорії зосереджуються на належних джерелах і формі законності, у той час як матеріальні теорії включають і вимоги до змісту закону (зазвичай він має узгоджуватися з правовими або моральними принципами) [1, с. 106–107].

Так, до процесуальних (формальних) концепцій належать визначення верховенства права як:

– *правління на основі закону.* У цьому найпростішому випадку закон розуміється як основний інструмент урядової дії. Це визначення нині піддається справедливій критиці, оскільки правління за допомогою закону не забезпечує достатніх обмежень державної влади, що є необхідною умовою традиції верховенства права;

– *формальної законності.* Ця концепція знайшла найбільше поширення серед англо-американських теоретиків права. Така версія пов'язує верховенство права з існуванням закону, який здатний спрямовувати дії тих, хто йому підкоряється. Для цього закон має бути загальним, передбачуваним, зрозумілим і чітким;

– *поєднання демократії та законності.* Ця концепція доповнює вимоги формальної законності демократичною ідеєю, тобто думкою про обов'язковість легітиматії закону за допомогою демократичної процедури його прийняття (тобто закон у цьому разі встановлюється за згодою громадян).

Усі *матеріальні (змістові) концепції* містять елементи формального розуміння верховенства права, додаючи до них різні конкретні моменти змістового характеру, а саме:

– *індивідуальні права.* Ця найбільш популярна та відома матеріальна теорія визначає верховенство права як ідеал правління, що гарантує одержання прав людини. Її прихильники наполягають на тому, що індивіди мають права – як дар від Бога чи пов'язані зі статусом людських істот і членів моральної спільноти – незалежно від жодних безпосередніх положень конституцій чи законів. Отже, права людини мають визнаватися в законах, а в разі їх порушення – забезпечуватися судовою системою;

– *гідність людини.* Цей варіант є особливо поширеним у Німеччині, де гідність людини і її захист як центральний елемент усіх інших прав людини проголошений керівним принципом діяльності держави.

– *право на соціальне забезпечення.* У цьому випадку класичне ліберальне розуміння верховенства права, спрямоване на встановлення обмежень державної влади, забезпечення негативної свободи індивідів, доповнюється ідеями реальної рівності, подолання бідності, гарантування гідних умов життя, соціального захисту, що впливають із концепції держави загального добробуту [4, с. 42–44].

Як уже зазначалося вище, верховенство права в суспільстві як основний принцип правової держави зумовлює й інші принципи, зокрема підпорядкування закону самої держави та її органів, посадових осіб, інших організацій, громадян. Він має бути справедливим, гуманним, закріплювати невід'ємні природні права кожної людини: право на життя, на свободу, на особисту недоторканість. Але варто пам'ятати, що свобода не є абсолютною. Вона допускає обмеження, тобто має певну міру. Закони та інші нормативні акти, які видає держава, узгоджуються з правами людини, «підпорядковані» принципу їх непорушності [5, с. 186–187].

Слід звернути увагу на те, що в теоретичному плані принцип верховенства права можна розглядати у двох аспектах. У широкому розумінні це принцип правової організації державної влади у суспільстві загалом, тобто «верховенства права над державою», коли він практично прірівнюється до засад правової державності. Подібним чином цей принцип розглядається у правових системах, які користуються англійською конструкцією верховенства чи пануванням права (rule of law) подібно до континентальної моделі правової держави. Наприклад, проблема «американського досвіду» підтримання верховенства права включає вирішення широкого кола питань: конституціоналізму, федералізму, поділу влади, громадянських прав, судового захисту, судової системи, кримінального судочинства, адміністративного права тощо [6, с. 518].

Так, американський правознавець, професор Корнельської школи права Р. Саммерс виокремлює такі елементи (принципи) верховенства права:

- 1) належне уповноваження (чинність);
- 2) чіткість та простота застосування критерію визначення такої чинності;
- 3) загальність права (тобто застосовність до всіх, незалежно від їхнього статусу та соціального становища);
- 4) чіткість та визначеність усіх законів;
- 5) їх доступність (письмова форма, офіційне обнародування);
- 6) заборона зворотної дії;
- 7) виконуваність;
- 8) стабільність (незмінюваність);
- 9) заздалегідь відомі органи та процедура правових змін;
- 10) єдність тлумачення та застосування права;
- 11) наявність заздалегідь відомих засобів правового захисту та наслідки невиконання правових вимог;
- 12) незалежність та безсторонність судової влади;
- 13) судовий контроль;
- 14) наявність дієвих обмежень судової влади;
- 15) доступність правосуддя для постраждалих від правопорушень;
- 16) загальний принцип завчасного повідомлення відповідачів;
- 17) доступність апеляційного та касаційного перегляду судових рішень;
- 18) загальнодоступність правової системи [7, с. 1693–1695]

А вчений М. Розенфельд, визначаючи дефініцію верховенства права через систему основних його вимог, переконаний, що цей принцип є сполучним елементом між обмеженням урядових повноважень і захистом фундаментальних прав людини [13, с. 1307].

У вузькому значенні співвідношення права і закону в регулюванні суспільних відносин у сенсі «верховенства права над законом». Саме на такий підхід орієнтує ст. 8 Конституції України, яка закріплює визнання і дію принципу верховенства права, роз'яснюючи відповідно до цього його зміст як: 1) найвищу юридичну силу Конституції України, яка передбачає, що закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і мають відповідати їй; 2) пряму дію норм Конституції України, яка передбачає гарантування звернення до суду для захисту конституційних прав і свобод людини і громадянина безпосередньо на підставі Конституції України [8, с. 335].

Основними властивостями верховенства права, що визначають його унікальну значущість і виокремлені загальною теорією права на підставі системного тлумачення доктринальних джерел і практики європейських конституційних судів та ЄСПЛ, є такі:

– по-перше, цей принцип відображає спосіб організації життя суспільства на правових засадах, є засобом унеможливлення свавільного та антидемократичного правління;

– по-друге, він відображає моральні основи права, тобто є виявом природного права разом із такими правовими цінностями, як людська гідність, справедливість, рівність, а також із загальними принципами пропорційності, сумлінності, розумності тощо, й у цьому сенсі він є основним критерієм визнання законів неправовими та слугує гарантом справедливості правових актів;

– по-третє, верховенство права є засобом організації належної правової системи, оскільки його складниками є принципи законності правової визначеності, стабільності та довіри до права, заборони неправомірної дискреції та зворотної дії нормативно-правових актів, незалежності судової влади та судового контролю, єдності судової практики тощо [3, с. 501].

Характеризуючи принцип верховенства права, край важливо з'ясувати, над чим право панує і, власне, здійснює своє верховенство. Не можна погодитися зі спробами звести цю проблему до питання про першість права

щодо інших суспільних регуляторів [9, с. 133]. Більш точним є зміщення акценту у визначенні змісту верховенства права на проголошення його першості перед державою. Унаслідок цього суверена, що проголошує право, заміщує або має тенденцію заміщувати суверенне право. Однак ще більш влучно характеризувати право як явище, що має перевагу над будь-якими рішеннями і діями окремих суб'єктів; усі подібні рішення і дії «проходять повірку» правом. У такому випадку цей принцип буде звернений як до приватних осіб, так і до державних органів і посадових осіб (у тому числі до суб'єктів нормотворчості), що дає змогу обґрунтувати безумовний обов'язок усіх суб'єктів поважати право, забезпечити ситуацію, за якою суспільство є вільним як від приватного, так і від державного свавілля [4, с. 41–42]. Інакше кажучи, це «верховенство права, а не особи» [1, с. 141].

А. Беднер поділив усі компоненти досліджуваного принципу на три категорії: 1) процедурні елементи, що спрямовані на способи державного управління; 2) субстантивні елементи, що стосуються стандартів запобігання зловживання владою; 3) спеціальні контрольні механізми, що передбачаються наявність сталих показників здійснення державної влади [14, с. 56–59].

А експерти Венеціанської комісії називають складові елементи верховенства права:

законність (панування закону), яка поширюється на суб'єктів публічного та приватного характеру. Суб'єкти владних повноважень мають бути уповноважені на свої дії та діяти в межах, наданих Конституцією і законами повноважень, а також чітко дотримуватися норм міжнародного права тощо;

юридична визначеність, що передбачає обов'язкову публікацію законів, тобто їх доступність, точність і чіткість їх змісту, неприпустимість зворотної дії закону, мінімізацію дискреційних (тобто таких, які застосовуються на власний розсуд) повноважень влади (особливо виконавчої), остаточність рішень національних судів, послідовність судової практики, передбачуваність наслідків виконання законів. Юридична визначеність також означає, що держава загалом має дотримуватися взятих на себе певних зобов'язань, виконувати покладені на неї певні функції чи виголошені нею перед людьми певні обіцянки (поняття «законних очікувань»);

заборона свавілля, що не виключає дискреційних повноважень, які є необхідними для здійснення всього діапазону владних функцій у сучасних складних суспільствах, але передбачає, що ці повноваження не мають здійснюватися у свавільний спосіб;

доступ до правосуддя, представленого незалежними та безсторонніми судами. Кожному має бути надана змога оскаржувати дії та рішення влади. Для цього необхідно, щоб судова влада була незалежною та неупередженою, прокуратура ґрунтувала свою діяльність на чітких законних засадах, громадяни могли не тільки звернутися до суду, а й домогтися реального виконання судового рішення, у країні існувала організована і незалежна адвокатура;

дотримання прав людини. Ця вимога означає, як мінімум, реальне існування таких прав та гарантій: право на доступ до правосуддя, право на розгляд справи компетентним суддею, право бути вислуханим, заборона зворотної дії закону, право на ефективні засоби юридичного захисту, презумпція невинуватості;

заборона дискримінації та рівність перед законом. Для цього закони мають застосовуватися однаково для всіх, у законах не має міститися дискримінаційних положень, закони не мають тлумачитися дискримінаційно, у суспільстві не має існувати груп з особливими юридичними привілеями. Важливо, що сутність верховенства права як керівного принципу в плані майбутнього, на думку Венеціанської комісії, має бути розширена так, щоб

охопити не лише ділянку співпраці між державою і приватними суб'єктами, а й діяльність суб'єктів приватного сектора, яким делеговано здійснення повноважень публічних органів влади [2, с. 132–133].

Ціннісний аспект буття верховенства права проявляється у тому, що його зміст виводиться за межі нормативних приписів, зокрема, виражаючись у правозастосуванні та будучи:

1) основою правової системи для забезпечення справедливості, розумності, пропорційності, рівності, правової визначеності тощо позитивного права;

2) своєрідним «проводженням» нормативного змісту фундаментальних прав і свобод, що закріплені в нормативних конституційних текстах [10, с. 56].

Саме виходячи з таких позицій, верховенство права нерідко називають головною правовою цінністю. Правові цінності, як виявляється, визначають граничний зміст категорії «праве», і тому не випадковою є їх роль у різних типах праворозуміння. Вони постають як власне правові феномени, сфера буття яких обмежена правом, та визначають смислову наповненість правового поля. Таким чином, питання про існування правових цінностей – це фактично питання про існування самого права як окремого культурного феномена. Правові цінності, і верховенство права не є винятком, мають подвійну природу: вони є онтологічними параметрами права, себто визначають особливості його буття, реалізації та функціонування, зумовлюють саму правову реальність; вони є гносеологічними параметрами права, адже виступають засобами пізнання та пояснення правової реальності. Різні концепції праворозуміння прагнуть побудувати картину правової реальності крізь призму однієї чи кількох правових цінностей.

Отже, правові цінності – це власне правові феномени, що визначають зміст, мету та сутність права, лежать в його основі та виступають засобами пояснення правової реальності (звідси – інтерес до верховенства права як пізнавального конструкту, що в перспективі може стати основою для нової концепції праворозуміння). Специфіка верховенства права як правової цінності полягає в тому, що воно належить не до сфери його власної цінності (суспільної чи особистої), але інструментальної цінності, в рамках якої воно виступає феноменом, покликаним інтегрувати нормативні та ціннісні компоненти правової реальності, забезпечити

їх співіснування та гармонійну взаємодію. Таке розуміння верховенства права наводить на думку про його співвідношення з традиційними напрямками розгляду інструментальної цінності права: інструментально-розподільчим, інструментально-позначальним, інструментально-вимірним, інструментально-охоронним та інструментально-пізнавальним [11, с. 13–26].

Висновки. У результаті дослідження і аналізу поняття «верховенство права» можемо зробити певні висновки.

1. Під «верховенством права» слід розуміти основоположний принцип правової держави, який ґрунтується на провідних ідеях юридичної теорії та практики і визначає підстави забезпечення та реалізації основних прав і свобод громадян, їх правове положення в суспільному розвитку держави.

2. Виділяють дві концепції розуміння верховенства права – формальну та матеріальну. Перша вказує на відношення верховенства права з правлінням на основі закону, формальною законністю, поєднанням демократії та законності. Матеріальна ж концепція вказує на зв'язок цього явища з індивідуальними правами, моральними аспектами, людською гідністю, правом на соціальне забезпечення.

3. Верховенство права у широкому розумінні – це «верховенства права над державою», тобто коли практично ототожнюється із засадами правової державності, а у вузькому сенсі – «верховенства права над законом».

4. Властивостями принципу верховенства права є відображення способу організації життя суспільства на правових засадах, недопущення свавілля влади, зв'язок із природним правом, становлення його (верховенства права) як правової цінності.

5. Складники верховенства права – законність, юридична визначеність, заборона свавілля, доступ до правосуддя, дотримання прав людини, заборона дискримінації та рівність перед судом.

6. Досліджений принцип панує як над державними установами/посадовцями, які наділені владними функціями, так і над приватною сферою, а саме над її юридично значущими секторами.

7. Цінність верховенства права полягає у забезпеченні справедливості, розумності, пропорційності, рівності, правової визначеності тощо. Також важливим є пояснення та розвиток нормативного змісту фундаментальних прав і свобод.

ЛІТЕРАТУРА

1. Таманага Б. Верховенство права. Історія. Політика. Теорія / пер. з англ А. Іващенко. Київ : Видавничий дім «Києво-Могилянська академія», 2007. 208 с.
2. Конституційне право України: підручник / Т.М. Слінько та ін.; за ред. Т.М. Слінько. Харків : Право, 2020. 592 с.
3. Загальна теорія права : підручник / Д.В. Лук'янов та ін ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2020. 568 с.
4. Погребняк С.П. Основні вимоги, що випливають з принципу верховенства права. *Вісник Академії правових наук України*. 2007. № 4(51). С. 41–53.
5. Чепульченко Т.О. Верховенство права як основоположний принцип сучасного правотворення. *Вісник НТУУ «КПІ». Політологія. Соціологія. Право*. 2012. № 2. С. 185–188.
6. Загальна теорія держави і права : підруч. для студ. юрид. вищ. навч. закл. / О.В. Петришин та ін ; за ред. М.В. Цвіка, О.В. Петришина. Харків : Право, 2009. 584 с.
7. Summers R. The Principles of the Rule of Law. *Notre Dame Law Review*. 1999, Vol. 74. P. 1691–1712
8. Теорія держави і права : підручник / С.П. Погребняк та ін. ; за ред. О.В. Петришина. Харків : Право, 2015. 368 с.
9. Заєць А.П. Правова держава в контексті новітнього українського досвіду. Київ : Парламентське вид-во, 1999. 248 с.
10. Шевчук С. Доктрина верховенства права та конституціоналізму: історична генеза співвідношення. *Право України*. 2010. № 3. С. 45–61.
11. Рабинович П. Социалистическое право как ценность. 2-е изд., Одесса : Юрид. лит., 2006. 166 с.
12. Лебедева О.В. Правова держава: поняття та принципи. *Альманах права*. 2012. Вип. 3. С. 203–207.
13. Rosenfeld M. The Rule of Law and legitimacy of constitutional democracy. *Southern California Law Review*, 2001. Vol. 74. P. 1307–1352. URL: <http://www.bef.usc.edu/~uselrev/pdf/074503.pdf>.
14. Bedner A. An Elementary Approach to the Rule of Law. *Hague Journal o the Rule of Law*. 2010. № 2/01. P. 48–74.

ПРОБЛЕМИ ҐЕНДЕРНОЇ ПОЛІТИКИ В УКРАЇНІ: ПРАВОВИЙ АСПЕКТ**PROBLEMS OF GENDER POLICY IN UKRAINE: LEGAL ASPECT**

**Чепульченко Т.О. к.ю.н.,
доцент кафедри публічного права**

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

**Гречко Я.В., студентка I курсу
факультету соціології і права**

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

**Залізко А.О., студентка I курсу
факультету соціології і права**

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Публікація актуалізує важливе питання проблеми ґендерного насильства та його замовчування в межах України й за кордоном (Німеччина, Італія, Данія та інші країни) і спрямована на підвищення загального рівня обізнаності серед різних верств населення у цій сфері. У статті розглядається поняття ґендеру, ґендерної політики та ґендерного насильства. Досліджуються основні види, історичні передумови та прояви культурного закріплення виникнення і розвитку ґендерно зумовленого насильства в різних країнах світу. Окрім того, розкривається зміст та причини утворення домашнього насильства як однієї з проблем, що потребують негайного вирішення та попередження в усьому світі, зокрема й на теренах України. Також були розглянуті передумови виникнення цього явища, проведена формалізація його стану в сучасній Україні на тлі пандемії, зумовленої поширенням захворювання COVID-19. Приділяється увага основним проблемам, з якими можуть стикатися особи, що постраждали від явища домашнього насильства. Зазначаються характерні елементи виявлення матеріального та нематеріального аспектів впливу на осіб, що зіткнулися з такою проблемою. Досліджуються приклади офіційного визнання і закріплення в національному та міжнародному законодавстві фундаментальних прав, цілей і механізмів соціального захисту осіб, які постраждали від насильства за ознакою статі або зазнали переслідування. Зокрема, аналізується Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» та Закон України «Про запобігання та протидію домашньому насильству». Також згадуються форми втілення програми державної ґендерної політики в Україні й оцінка їх ефективності. З огляду на зазначені раніше обставини, наводиться статистика та середнє значення показників поширеності щодо осіб, які були засуджені за вчинення такого виду насильства, й осіб, які постраждали або зазнали інших негативних наслідків. Виходячи з вищезазначеного, особливу увагу в дослідженні приділено Стамбульській конвенції та необхідності її ратифікації, реалізації й актуалізації закріплених у ній положень у суспільне життя нашої країни, адже вона є одним з найефективніших та найбільш впливових інструментів, що можуть попередити, запобігти та вирішити таку проблему. Окремо розглядалися інші методи протидії ґендерно зумовленому насильству шляхом просвітницької діяльності серед дітей та молоді, залучення засобів масової інформації до пропагування викорінення цієї проблеми.

Ключові слова: ґендерна політика, ґендерне насильство, нерівність, дискримінація за статевою ознакою, домашнє насильство.

The publication reflects on the issue of gender-based violence and its suppression within Ukraine and abroad, aims to raise general awareness among various segments of the population in these areas. The article considers the concepts of gender, gender policy and gender-based violence, the analysis of main types, historical preconditions and manifestations of cultural consolidation of the origin and development of gender-based violence in different countries. The matter and reasons for domestic violence are revealed as one of the problems that need immediately be solved and prevented around the world, including Ukraine. The preconditions for the emergence of such a phenomenon were also considered, and the formalization of its condition in modern Ukraine on the background of the pandemic caused by the spread of COVID-19 virus was carried out. Special attention is paid to the main problems that victims of domestic violence may face. The definite elements of identifying the tangible and intangible aspects of the impact on people who have faced this problem are noted. Examples of official recognition and enshrinement in national and international law the fundamental rights, goals and mechanisms of social protection of the people who have suffered or been persecuted from gender-based violence are studied. The forms of implementation of the state gender policy program in Ukraine and evaluation of their effectiveness are also mentioned. Taking into account the aforementioned circumstances, statistics and average values of prevalence indicators of people who have been convicted of this type of violence and people who have suffered or experienced other negative consequences are provided. The study pays special attention to the Istanbul Convention and the need of its ratification, implementation and updating of its provisions in the public life of our country, because it is one of the most effective and influential tools that can prevent and solve this problem. Other methods of counteracting gender-based violence through special education among children and youth, involvement of mass information sources to promote the eradication of this problem were considered separately.

Key words: gender policy, gender-based violence, inequality, gender discrimination, domestic violence.

Постановка проблеми. Ґендерне насильство – одна з глобальних проблем людства та світу. Немає країни, яка б повністю пододала та вирішила її, у тому числі й Україна. Багато людей страждають від цього явища, а механізмів його ліквідації та попередження, що передбачені національним законодавством, не досить, тому насильство, яке вчиняється за ознакою статі, продовжує поширюватись. Суспільство досі не усвідомлює його масштабів та значення, приховуючи такі діяння (як фізичного, так і психологічного характеру) за традиціями, культурою чи менталітетом. Ефективним для вирішення цієї проблеми може бути застосування лише такого права, яке здатне забезпечити розвиток правосвідомості та особистості кожного, але насамперед розвиток суспільства загалом.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Вітчизняні дослідники, зокрема: О.М. Бандурка, А.Б. Блага, А.С. Васильєв, О.В. Ковальова, К.Б. Левченко, О.Л. Львова, Г.О. Христова, присвячували свої дослідження вивченню питання ґендерно зумовленого насильства, основних проблем, які пов'язані із запобіганням та попередженням цього явища, а також досліджували його нормативно-правове забезпечення. Незважаючи на помітну активізацію уваги науковців та суспільства до цієї проблеми, все ж необхідним залишається її додатковий та ґрунтовний аналіз.

Мета дослідження. Метою дослідження є аналіз і визначення понять ґендерної політики та ґендерного насильства; найпоширеніших проявів і основних причин виникнення насильства.

Виклад основного матеріалу. Історично поняття «гендер», введене в науковий обіг американським психологом Робертом Столером у 1968 році, перекладається як «соціальна стаття» [1]. Інакше кажучи, гендер – це така собі загальносуспільна система цінностей та норм як чоловічої, так і жіночої поведінки, їхніх поглядів, переконань чи стосунків між собою, що сформувалися під впливом культурних, політичних та економічних чинників. Гендерна система суспільства – сукупність інститутів, які будують відносини між жінками та чоловіками крізь призму культурного розвитку, – формує поняття «гендерна рівність», що є одним з основних прав людини. Гендерна рівність – це про усунення наявних соціальних бар'єрів, що стають на заваді людині проявити себе як особистість, про створення рівних соціальних можливостей для реалізації особистості жінок і чоловіків в усіх сферах суспільного життя. Цей принцип закріплений у Конституції України, зокрема, статті 3, 21, 24, 51 містять норми, що стосуються гендерної рівності. Відповідно до Закону України «Про забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків та жінок» гендерна рівність трактується як рівний правовий статус, а основними завданнями визначаються забезпечення рівних прав жінок і чоловіків, тобто відсутність обмежень чи привілеїв за ознакою статі та забезпечення рівних можливостей – рівних умов для реалізації рівних прав жінок і чоловіків. Питання гендерної рівності постійно досліджується міжнародними експертами та включено до низки міжнародних звітів. Так, станом на 2020 рік Україна посідає 60-е місце із 160 країн за Індексом із гендерної рівності (Gender inequality index). Але з поширенням коронавірусної хвороби ситуація значно погіршується, адже за розрахунками Всесвітнього економічного форуму через пандемію на подолання гендерної нерівності знадобиться на 36 років більше, ніж вважалося раніше, а отже, загальна цифра становить 135,6 року.

Однак, незважаючи на бурхливий розвиток світу, узаконеність цього поняття чи його загальновідомість, повна реалізація потенціалу кожної статі залишається лише на папері. Гендерний дисбаланс виявляється насамперед у тому, що в багатьох країнах жінки досі заробляють менше, ніж чоловіки, а також стикаються з упередженим ставленням під час вибору професії та в просуванні кар'єрними сходинками [2]. Найбільше гендерний розрив залишається в політичній сфері, так, жінки становлять лише 26,1% із приблизно 35,5 тисячі парламентарів та лише 22,6% із більше 3 тисяч міністрів у всьому світі. Друге місце, як зазначає Всесвітній економічний форум, посідає розрив в економічній сфері [3].

У демократичній Україні, яка рухається у європейському напрямі, має місце викорінення таких проблем. Саме тому доцільно звернути увагу на гендерну політику держави – це напрям діяльності держави в утвердженні рівних прав жінок та чоловіків, можливості реалізації особи та використання нею всіх наявних ресурсів (соціальних, економічних, культурних та ін.). Відображення цього процесу закріплюється у статті 3 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей». Державна політика щодо забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків спрямована на: утвердження гендерної рівності; недопущення дискримінації за ознакою статі; забезпечення рівної участі жінок і чоловіків у прийнятті суспільно важливих рішень; забезпечення рівних можливостей жінкам і чоловікам щодо поєднання професійних та сімейних обов'язків; виховання і пропаганду серед населення культури гендерної рівності, поширення середницької діяльності у цій сфері; захист суспільства від інформації, спрямованої на дискримінацію за ознакою статі [4].

Зараз Україна максимально розвиває гендерну політику, що помітно зі збільшенням представництва жінок в органах державної влади, місцевого самоврядування чи громадських організацій – політична сфера. У вільному

виборі професії та рівному доступі до підприємницької діяльності, фінансової допомоги чи позик – економічна. Окрім того, це захист материнства, батьківства, дитинства та розроблення програм щодо ліквідації насильства – соціальна сфера.

Крайнім проявом нерівності є гендерне насильство (інша назва – гендерно зумовлене насильство) – поширене порушення прав людини – насильство, побудоване на основі використання сили, що спирається на ознаку статі (включає словесні образи, погрози, побої, примус до сексуального зв'язку тощо). Загалом, насильство – застосування силових методів або психологічного тиску за допомогою погроз, свідомо спрямованих на слабких або тих, хто не може чинити опір. Тобто будь-яке застосування сили щодо беззахисних. Та гендерним слід вважати як насильство чоловіків стосовно жінок, так і насильство чоловіків стосовно інших чоловіків та жінок проти жінок, яке може мати негативні економічні, соціальні, медичні наслідки, а також насильство жінок стосовно чоловіків, яке поширене значно менше [5].

Основними проявами гендерного насильства є:

фізичне, сексуальне, психологічне, економічне насильство, яке виявляється у родинних стосунках; фізичне, сексуальне, психологічне, економічне насильство, яке має місце у суспільстві; фізичне, сексуальне, психологічне, економічне насильство, яке відбувається з боку держави або у разі нехтування зобов'язань державою; насильство, пов'язане з порушенням прав жінок у зонах збройних конфліктів; загроза насильства для осіб окремих груп, як-от: жінки національних меншин, біженки, мігрантки, жінки похилого віку; насильство, яке пов'язане з різними видами домагань, тобто такої поведінки, яка заподіює шкоду, незручність, посягає на приватність особи [5].

Досить упередженою та помилковою є думка про те, що гендерне насильство застосовується виключно до жінок, проте більшість офіційно зареєстрованих випадків вчиняється все ж таки проти них. Саме тому міжнародне та національне законодавство спрямовані на запобігання та протидію такого явища.

Насильство щодо жінок – будь-який акт насильства, вчинений за ознакою статі, який завдає або може завдати фізичної, психологічної шкоди чи страждання жінкам, а також погроза вчинення таких актів, примус або свавільне позбавлення волі як у громадському, так і в особистому житті [6].

Аби зрозуміти причини виникнення такого явища, як гендерне насильство, необхідно насамперед звернутися до історії. Вона показує, що дискримінація за статевими ознаками, надання переваг чи обмежень для слабших існували й у біблійних мотивах. Багато релігій терпимо ставляться до домінування чоловіків над жінками, а деякі з них дещо заохочують фізичне покарання жінок та дітей. Наприклад, у Новому Заповіті містяться такі твердження: «Дружини, коритесь своїм чоловікам, як Господеві, бо чоловік – голова дружини, як і Христос – Голова Церкви... Як кориться Церква Христові, так і дружини своїм чоловікам у всьому» (Послання Святого Апостола Павла до Ефесян, глава 5, 22–24) [7, с. 274].

Аналізуючи джерельну базу різних держав у різні часові проміжки, можна виявити, що культура, традиції і звичаї країн зумовлювали насильство над жінкою й визначали його таким, яке не повинно виходити за межі сім'ї. Домінуюче становище чоловіка у суспільстві давало йому величезну кількість привілеїв, недоступних жінкам. Держави ХХ століття все ще підносили чоловіка над іншими членами сім'ї, що надавало йому низку особистих повноважень. Зокрема, у Лондоні існувало правило: «Чоловік сварливої дружини має право побити її вдома за умови, що палиця не буде товщою за великий палець його руки». Щодо Радянського Союзу, до складу якого входила й Україна, то існування домашнього насилля на офіційному рівні

не визнавалося. Звернення жінок до правоохоронних органів було марним, адже заяви не приймалися, а на саму жінку чекав суспільний осуд через «винні сміття з хати» чи обвинувачення у провокуючій поведінці, яка призвела до негативної реакції з боку чоловіка. Іншими словами, щодо такого явища, як гендерно зумовлене насильство, в радянський, як і в сучасний період, діяла установка «сама винна» або «б'є – значить любить».

Зачатки гендерної нерівності та насильства сягають сивої давнини і зумовлені насамперед специфікою культурного розвитку держав чи релігійними чинниками, які зумовили існування нерівного ставлення до жінок і чоловіків. Наслідком такої тенденції стало сприйняття явища насильства над жінкою в межах сім'ї, визнання його нормою, нав'язування стереотипів та установок щодо провини самої жінки, що мало величезний вплив на становлення моралі будь-якого суспільства.

Гендерно зумовлене насильство – найпоширеніша проблема XXI століття. Особи у кожному куточку світу страждають від цього явища. І, на жаль, остаточно позбутися його у реальності не вдається, адже один з найбільш поширених його проявів – насильство, яке вчиняється у родинних стосунках (далі – домашнє насильство), – нікуди не зникає, а лише поширюється. Домашнє насильство – вчинення фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства в сім'ї, у межах місця проживання між родичами, колишнім чи теперішнім подружжям, іншими особами, які спільно проживають (проживали) однією сім'єю, але не перебувають (перебували) у родинних відносинах, шлюбі між собою, або погрози таких діянь. Домашнє насильство порушує права і свободи людини. Спричинюючи шкоду різного характеру, воно тягне за собою непоправні зміни у психіці постраждалої особи.

Домашнє насильство існує у різних формах: фізичне насильство – умисне завдання шкоди фізичного характеру іншій особі; сексуальне насильство – будь-які дії сексуального характеру, на які не було надано добровільної згоди;

психологічне насильство – свідоме приниження та знецінення іншого члена сім'ї; економічне насильство – позбавлення майна, житла, одягу, коштів чи інших засобів існування особи й використання економічної переваги.

Домашнє насильство рідко можна описати як поодинокий випадок. Це радше відтворюваний цикл, який складається з трьох основних фаз: збільшення напруги, тобто коли кривдник може погрожувати особі, яка, своєю чергою, намагається владнати ситуацію чи поступається кривднику; фаза вибуху – насильницька поведінка, коли навіть після боротьби з кривдником постраждала особа здається, розуміючи, що пасивна поведінка може «заспокоїти» конфлікт, після першого «вибуху» обидві сторони схильні виправдовувати акт насильства; остання фаза – каяття, коли кривдник просить вибачення та обіцяє більше цього не повторювати, але зрештою, рано чи пізно, цикл повторюється.

Поведінка кривдника, яка спричинює домашнє насильство, містить у собі певні причини та передумови, серед яких можна виділити: стрес на роботі, пияцтво, вживання наркотиків, запальний характер, виховну мету, образу, патологічні ревності, модель поведінки, що існувала у сім'ї кривдника, завищену або занижену самооцінку, нереалізовані бажання та мрії, потребу у визнанні та бажання самоствердитись за рахунок інших, психічні відхилення, різні політичні та релігійні переконання, хронічний алкоголізм та наркоманію. Єдина можливість вирішити таку проблему, тобто вийти з циклу насильства, – це визнати його існування як кривднику, так і постраждалій особі, і звернутися за психологічною допомогою, яка допоможе виявити справжні причини такої поведінки та скоригувати її.

Домашнє насильство – це не приватна справа, тому держава має спрямовувати свою політику на усунення

такого явища. За даними Національної соціальної сервісної служби України, за минулий рік було зафіксовано 211 362 звернення щодо насильства у сім'ї, зокрема 80% звернень надходило саме від жінок. Основною причиною такого збільшення звернень насамперед можна вважати коронавірусну пандемію, яку зараз переживає наша країна. Запровадження карантинних обмежень значно посилили ризики насильства щодо жінок. Список причин такого посилення невичерпний, але основні з них полягають насамперед у збільшенні напруги в родині внаслідок обмеження пересування. Це означає довготривале перебування постраждалої зі своїм кривдником в одному місці без змоги повідомити про вчинення насильства. Чоловіки-аб'юзери мають усі можливості для того, аби максимально унеможливити отримання жінками підтримки в разі вчинення щодо неї насильства. Посилення контролю за соціальними мережами, контактами жінки створює своєрідний купол, який значно обмежує її соціалізацію. Карантин та інші заходи щодо соціального відусоблення роблять громадські місця та комунікацію недоступними, обмежують можливості, наприклад, місцевим жіночим асоціаціям реагувати на гендерне насильство, а деякі служби, що займаються такими питаннями, можуть бути реформовані для боротьби з вірусом COVID-19 [8]. Таким чином, пандемія впливає не лише на добробут країни, але й посилює ризик зростання наявної гендерної нерівності у суспільстві. Незважаючи на велику кількість звернень, за даними Державної судової адміністрації, до юридичної відповідальності було притягнуто лише 921 людину, кількість засуджених за 2019 рік ще менша – 225 осіб. Кримінальним кодексом України домашнє насильство карється громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до двох років [9]. Але які ж додаткові заходи передбачені проти кривдника? Законом України «Про запобігання та протидію домашньому насильству» визначені: терміновий заборонний припис, який зобов'язує кривдника негайно залишити житло постраждалої особи та забороняє контактувати з нею. Термін такого припису визначається Нацполіцією і може тривати до 10 діб. Обмежувальний припис – термін такого припису від 1 до 6 місяців, він забороняє кривднику перебувати в місці проживання постраждалої особи, забороняє переслідувати чи розшукувати її, забороняє у будь-який спосіб спілкуватися з нею та її дитиною. Профілактична робота та взяття кривдника на облік. Направлення на програму для кривдників – заходи, які спрямовані на формування у кривдника неагресивної поведінки та зміну насильницької форми поведінки.

Якщо кривдник не виконує вимоги приписів, не проходить програму та профілактичну роботу, то йому загрожує кримінальна відповідальність: арешт на строк до шести місяців або обмеження волі на строк до двох років. Також важливо зазначити, що задля удосконалення системи запобігання та протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі Кабінет Міністрів затвердив відповідну державну соціальну програму на 2021–2025 роки. Вона передбачає запровадження системного реагування на насильство; забезпечення постраждалим особам доступу до комплексних послуг, орієнтованих на їхні потреби; надання якісних соціальних послуг; формування нетерпимого ставлення до насильства у суспільстві; підвищення рівня поінформованості населення про форми, прояви, причини й наслідки домашнього насильства. Незважаючи на те, що держава намагається змінити ситуацію, великий відсоток ефективності таких спроб залежить від плідної співпраці із суспільством [10].

Справді, масштаби насильства сягають небувалих вершин. Кожна третя жінка в Європі зазнає фізичного або сексуального насильства з 15 років, а за нескладними підра-

хунками можна дійти висновку, що це більше 60 мільйонів осіб. Щороку близько 1,5 тисячі жінок гинуть від домашнього насильства. Така статистика лякає, тому кожна держава бере на себе зобов'язання щодо законодавчого врегулювання цієї проблеми. У Данії шлюб нарешті перестав вважатися виправданням звалтувань лише у 2013 році. Максимальне покарання за такий злочин – 8–12 років. В Італії в 2009 році відбулися зміни в законодавстві, тому найвищим покаранням за звалтування стало довічне ув'язнення, мінімальним – 5 років. У 2014 році Нідерланди посіли 4-е місце в Європі за поширеністю фізичного та сексуального насильства. Мінімального покарання не встановлено, проте можливий штраф, а розмір максимального покарання становить від 12 до 15 років ув'язнення. Німеччина також довгий час лідувала у статистиці проявів насильства. Зокрема, у 2018 році Федеральний міністр у справах сім'ї зазначив, що щогодини принаймні одна жінка потерпає від насильства. За цей рік у Німеччині були вбиті більше 120 жінок, а більше 100 тисяч ставали жертвами домашнього насильства. Незважаючи на рівень розвитку країни, проблема насильства замовчується, а по допомогу звертаються лише 20% осіб і лише у 8% випадків кривдника може бути покарано, хоча максимальний розмір покарання не встановлено, та мінімальний становить 2 роки. Окрім законодавчого врегулювання, важливе місце посідає діяльність державних та недержавних органів щодо надання допомоги постраждалим від гендерного насильства. Багато європейських країн уже мають безкоштовні телефонні лінії допомоги, які працюють цілодобово. Україна також має таку «гарячу лінію» з попередження домашнього насильства, торгівлі людьми та гендерної дискримінації. Основним інструментом допомоги жінкам та дітям залишаються притулки для жінок-жертв. Згідно з положеннями Стамбульської конвенції, держави повинні забезпечити 1 місце у притулку на 10 000 населення. Україна ж може надати лише 1/10 місць від такого стандарту. Вагоме значення також мають жіночі кризові центри. Ну і звісно, для боротьби з насильством потрібно здійснювати профілактику й підвищувати обізнаність щодо цього питання серед населення як в освітній сфері, так і в сфері медіа. Забезпечення рівного і всебічного розвитку особи, незалежно від її статі, – один із пріоритетних напрямів діяльності держави. Відповідно, законодавство України у питаннях гендерної рівності спирається на Конституцію України та низку інших нормативно-правових актів, а також на міжнародний досвід. Таким чином, стаття 24 Конституції проголошує, що кожен громадянин – як чоловік, так і жінка – має всю повноту соціально-економічних, політичних та особистих прав і свобод. Закон України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» був прийнятий у 2005 році. Закон мав на меті досягнення рівного становища жінок і чоловіків у всіх сферах життєдіяльності суспільства. Кожен розділ та кожна стаття цього Закону визначають специфіку регулювання відносин у сфері гендерної рівності. Так, розділ перший «Загальні положення» дає чітке уявлення про поняття гендерної рівності, дискримінації, насильства за ознакою статі та ін. Розділ другий присвячений механізму забезпечення рівних прав та можливостей, а саме вказує на органи, уповноважені з діяльності у цій сфері, та їхні функції. Інші розділи присвячені забезпеченню рівних можливостей у різних сферах суспільного життя: розділ 3 – громадсько-політичний, розділ 4 – соціально-економічний, розділ 5 – у сфері освіти та засобів масової інформації. А розділ 6 визначає заходи із запобігання насильству за ознакою статі та містить норми відповідальності за недотримання вимог, вказаних у цьому Законі [4].

Найактуальнішим проявом гендерного насильства залишається домашнє насильство. Довгий час така проблема в українських реаліях скоріше замовчувалась. Радянське виховання затверджувало установку, що краще мовчати і розбиратися на рівні сім'ї, а це було максимально неефективним. Згідно зі статистикою Міністерства соціальної політики, кожна 5 особа страждає від проявів домашнього (фізичного, сексуального, психологічного, а подекуди й економічного) насильства в Україні. Ця ситуація не просто залишається незмінною, а навпаки, погіршується щороку на 40–60%. Відповідно, держава намагається реагувати на такі події на законодавчому рівні: застарілий Закон «Про попередження насильства в сім'ї» від 2001 року, який фактично був першою реакцією держави на проблему, був замінений Законом України «Про запобігання та протидію насильству» від 2018 року, який визначає організаційно-правові засади запобігання та протидії домашньому насильству, спираючись на міжнародні стандарти.

Найактуальнішим нормативно-правовим актом та 10-річною проблемою для України є Стамбульська конвенція та її ратифікація.

Конвенція про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами – революційний документ. Це перший міжнародний юридично обов'язковий акт, що забезпечує комплексну низку заходів із запобігання та протидії насильству над жінками та домашньому насильству. Вона визнає насильство стосовно жінок водночас і порушенням прав людини, і видом дискримінації. Вона передбачає встановлення кримінальної відповідальності за конкретні злочини, такі як переслідування, примусовий шлюб, ушкодження жіночих статевих органів, примусове передчасне припинення вагітності та примусова стерилізація [11]. Крім цього, дія Конвенції поширюється не тільки на жінок як на найбільш вразливу категорію, а й на чоловіків, дітей та людей похилого віку. Ратифікація цієї Конвенції стала б для України успішним кроком у подоланні гендерно зумовленого насильства.

Висновки. Отже, наведене дослідження дає чітке уявлення про явище гендерного насильства, яке є проявом нерівності та дискримінації, а отже, порушенням прав людини; зумовлене історичними передумовами, воно стало частиною традицій та культури в багатьох країнах світу, стало таким, що нормально сприймається суспільством. По-перше, варто зазначити, що гендерне насильство не є проблемою окремого народу чи людини, це проблема всього світу, і лише злагоджена робота держави та суспільства у виробленні ефективних механізмів виконання та запобігання цій проблемі зможе дати позитивний результат. По-друге, національне законодавство потребує якісних змін відповідно до міжнародних стандартів та сучасних реалій проблеми гендерного насильства. Першорядною та, мабуть, найефективнішою спробою змін для України буде ратифікація Стамбульської конвенції, яка встановлює кримінальну відповідальність за такі злочини, як переслідування, примусовий шлюб та ін.

Окрім того, особливу увагу потрібно приділити рівню обізнаності населення щодо проблем гендерного насильства: просвітницькій роботі серед дітей та молоді – розробленню програм побудови рівних та шанобливих стосунків, конструктивного вирішення конфліктів без насильства; професійній підготовці фахівців, які працюватимуть у цій сфері; залученню масмедіа, які б досліджували масштаби проблеми та статистику постраждалих, поширювали серед населення ідеї рівності та пропагували боротьбу з явищем домашнього та інших видів гендерного насильства.

Велике значення має розширення мережі притулків і кризових центрів, які б надавали психологічну, моральну, правову та матеріальну допомогу постраждалим.

ЛІТЕРАТУРА

1. Аніщук Н.В. Виникнення та сутність феномена ґендерного насильства: історико-правовий екскурс. *Форум права*. 2008. № 1. С. 18–22. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID=&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/FP_index.htm_2008_1_5.pdf (дата звернення: 17.04.2021).
2. Герасименко Г. Ґендерна рівність та відповідь на домашнє насильство в приватному секторі в Україні: заклик до дій. *Ukrain Marketing Group*. 2019. URL: <https://ukraine.unfpa.org/sites/default/files/pub-0%95%D0%9D%D0%94%D0%95%D0%A0%D0%9D%D0%90%20%D0%A0%D0%86%D0%92%D0%9D%D0%86%D0%A1%D0%A2%D0%AC%20%20%281%29.pdf> (дата звернення: 17.04.2021).
3. Пандемія ускладнила ґендерну нерівність у світі. *Всесвітній економічний форум*. 2021. URL: <https://hromadske.ua/posts/pandemiya-koronavirusu-pogirshila-gendernu-nerivnist-u-sviti-teper-na-yiyi-podolannya-znadobitsya-blizko-136-rokiv-wef> (дата звернення: 17.04.21).
4. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків : Закон України 08.09.2005 № 2866-IV (редакція станом на 07 січня 2018 року). *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2005. № 52. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text> (дата звернення: 17.04.2021).
5. Євченко С.В. Ґендерне насильство (Gender Violence). 2014. URL: http://eprints.zu.edu.ua/23718/1/%D0%84%D0%B2%D1%87%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE_%D0%A1.PDF (дата звернення: 17.04.202).
6. Декларація ООН «Про викорінювання насильства щодо жінок»: проголошена резолюцією 48/104 Генеральної Асамблеї від 20 грудня 1993 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_506#Text (дата звернення: 17.04.2021).
7. Сукмановська Л.М. Історичні аспекти виникнення проблеми домашнього насильства. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія юридична*. 2016. Випуск 3. С. 272–281. 2016. URL: <file:///C:/Users/User/Desktop/%D0%A1%D1%83%D0%BA%D0%BC%D0%B0%D0%BD%D0%BE%D0%B2%D1%81%D1%8C%D0%BA%D0%B0.pdf> (дата звернення: 17.04.21).
8. Responding to the shadow pandemic: Taking stock of gender-based violence risks and responses during COVID-19. 2020. URL: <https://www.unicef.org/ukraine/media/8301/file/Gender-Based-Violence-in-Emergencies-CP-Learning-Brief-Aug-2020.pdf> (дата звернення: 17.04.21).
9. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 17.04.21).
10. Домашнє насильство: факти та цифри. Онлайн-курс. 2019. URL: <https://nonviolence.ed-era.com/intro-facts-statistics> (дата звернення: 17.04.2021).
11. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Довідник для членів парламенту. Парламентська мережа «Жінки вільні від насильства». 2013. URL: <https://rm.coe.int/1680096e45> (дата звернення: 17.04.2021).

ПЕРША КОДИФІКАЦІЯ ПРАВА В РАДЯНСЬКІЙ УКРАЇНІ (20-ТІ РР. XX СТ.)

THE FIRST CODIFICATION OF LAW IN SOVIET UKRAINE (20S OF THE XX CENTURY)

Шершенькова В.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри історії держави і права

Національний університет «Одеська юридична академія»

Попсуєнко Л.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри історії держави і права

Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена особливостям проведення кодифікаційних робіт у радянській Україні у 20-х рр. XX ст. Визначено основні причини проведення кодифікації. Вагомим чинником на користь кодифікації був також і міжнародний фактор.

Протягом 1922–1925 рр. в УСРР було кодифіковано більшість галузей радянського законодавства, що відповідало завданням відбудовного періоду і початку нової економічної політики. Варто відзначити, що кодифікація права в Україні здійснювалася через реєстрацію законодавства РСФРР і розробку власних законодавчих актів. Це була досить широка кодифікація, були прийняті важливі нормативно-правові акти. Слід зазначити, що перша кодифікація права в радянській Україні у 20-х рр. XX ст. пройшла три етапи.

Незважаючи на зовнішню схожість з буржуазними кодексами, радянське законодавство 20-х рр. XX ст. стояло на захисті «інтересів диктатури пролетаріату».

Під час першої кодифікації у 20-х рр. XX ст. було підготовлено низку кодексів, законів, які регулювали цивільні, сімейні, земельні, трудові, адміністративні, освітні, будівельні, цивільно-процесуальні, кримінально-процесуальні відносини.

Цивільний кодекс УСРР 1922 р. закріпив три форми власності: державну, кооперативну і приватну. Спадкування здійснювалося за законом і за заповітом. У сімейних відносинах законодавець закріпив обов'язковість державної реєстрації шлюбу в органах запису актів громадянського стану, а також важливі питання майнових відносин подружжя. У земельних відносинах були також важливі зміни. Було скасовано право приватної власності на землю, ліси, надра, води. Всі такі об'єкти належали державі, а громадяни мали право користуватися ними.

Що стосується трудових відносин, то вони також зазнали суттєвих змін. Відносини між роботодавцем і працівником визначалися трудовим договором та на основі принципу добровільності. Багато статей кодексу були присвячені правилам внутрішнього трудового розпорядку, робочому часу, оплаті праці.

Кримінальний кодекс УСРР 1922 р. встановив такі види покарань: розстріл, позбавлення волі (від шести місяців до десяти років), примусові роботи.

Процесуальні кодекси закріпили демократичні принципи, такі як: незалежність суддів, гласність, публічність, безпосередність, усність, судочинство, рівноправність сторін і змагальність сторін, право обвинуваченого на захист.

Ключові слова: джерела права, кодифікація, українське право, радянська Україна.

The article is devoted to the peculiarities of codification works in soviet Ukraine in the 1920s. The main reasons for codification are identified. The international factor was also an important factor in favor of codification.

During 1922–1925, most branches of soviet legislation were codified in the USSR, which corresponded to the task of the reconstruction period and the beginning of a new economic policy. It should be noted that the codification of law in soviet Ukraine was carried out through the reception of the legislation of RSFSR and the development of its own legislation. It was a fairly broad codification, important regulations were adopted. It should be noted that the first codification of law in soviet Ukraine in the 20s of twentieth century passed three stages.

Despite the outward resemblance to bourgeois codes, soviet legislation of the 1920s stood to defend “the interests of the dictatorship of the proletariat”.

During the first codification in the 20s of twentieth century a number of codes and laws were prepared to regulate civil, family, land, labor, administrative, educational, construction, civil procedure and criminal procedure relations.

The Civil Code of the USSR of 1922 established three forms of ownership: state, cooperative and private. Inheritance was carried out by law and by will. In family relations, the legislator enshrined the obligation of state registration of marriage in the civil registry offices, as well as important issues of property relations of the spouses. There were also important changes in land relations. The right of private ownership of land, forests, subsoil and water was abolished. All these objects belonged to the state and citizens had the right to use them.

As for labor relations, they have also undergone significant changes. The relationship between the employer and the employee was determined by the employment contract and on a voluntary basis. Many articles of the Code were devoted to the rules of internal labor regulations, working hours, wages.

The Criminal Code of the USSR of 1922 established the following types of punishment: execution, imprisonment (from six months to ten years), forced labor.

Procedural codes enshrined democratic principles such as: independence of judges, publicity, immediacy, orality, proceedings, equality of arms and adversarial proceedings and the right of the accused to defense.

Key words: sources of law, codification, Ukrainian law, soviet Ukraine.

Відомо, що кодифікація права є значним видом правотворчої діяльності та відіграє важливу роль в удосконаленні права. Основною метою кодифікації права є забезпечення регулювання суспільних відносин у різних сферах.

Досвід першої кодифікації законодавства радянської України дає багато для сучасної правотворчої роботи. Це насамперед правова регламентація процедури підготовки проектів кодексів. Також важливим є визначення етапів кодифікаційних робіт та розгляд питань юридичної техніки й термінологічних понять. Тому використання окремих положень кодексів 20-х рр. XX ст. або ж їх проектів актуальні і нині.

Метою статті є вивчення причин та історичне значення проведення кодифікаційних робіт у радянській Україні у 20-х рр. XX ст.

У 1922–1927 рр. у радянській Росії, а потім в Україні була проведена кодифікація майже всіх галузей права, в історії права України вона отримала назву «перша кодифікація». Вона була здійснена задля зручності регулювання нових суспільних відносин і внутрішніми потребами системи радянського законодавства (наявність у ній суттєвих суперечностей, прогалин тощо). Слід зазначити, що здійснення НЕПу розпочалося напередодні Генуезької конференції, яка пов'язувалася

з можливим вступом радянських республік до світової спільноти [4, с. 675].

Перші кроки стосовно збору матеріалу для майбутньої кодифікації були розпочаті в радянській Україні ще у березні 1920 р., а подальша кодифікаційна робота відбулася наприкінці 1921 р. У дуже короткі строки були підготовлені кодекси та нормативно-правові акти з різних галузей права, а саме: в 1922 р. в УСРР були прийняті Цивільний кодекс, Земельний кодекс, Кодекс законів про працю, Кодекс законів про народну освіту, Кримінальний кодекс, Кримінально-процесуальний кодекс, Положення про судоустрій; Закон про ліси в 1923 р.; Цивільний процесуальний кодекс, Тимчасові будівельні правила в 1924 р.; Ветеринарний кодекс УСРР, Виправно-трудоий кодекс у 1925 р.

На другому етапі першої кодифікації було прийнято Конституцію СРСР 1924 р., внесені зміни і доповнення до Конституції УСРР, прийняте загальносоюзне законодавство. Це все було викликано змінами у суспільних відносинах, оскільки відбулося проголошення нового курсу в країні (індустріалізація і колективізація). Також у цей час у радянській Україні були підготовлені: у 1926 р. Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб та акти громадянського стану, у 1927 р. Земельний кодекс, Адміністративний кодекс, Кримінальний кодекс, Кримінально-процесуальний кодекс [3, с. 307].

Уже у так званій третій етап кодифікації, в період, коли держава відмовилася від НЕПу, в 1927–1929 рр. були підготовлені такі акти: у 1928 р. Статут цивільного будівництва, Гірничий кодекс УСРР; у 1929 р. прийняли новий Цивільний процесуальний кодекс і нову редакцію Положення про судоустрій. Також слід зазначити, що у 1926 р. розпочалася підготовка Систематичного зібрання чинних законів УСРР (складався із семи томів), видання якого завершилося у 1929–1930 рр.

З огляду на міжнародний фактор, не сприймаючи буржуазну правову форму, законодавець планував наповнити старі форми законів новим змістом, як того вимагав час. У прийнятих кодексах пріоритетом стали загальнодержавні інтереси. Держава отримала широкі права у разі необхідності втручатися у різні суспільні відносини, тим самим порушуючи права, свободи й інтереси людини і громадянина.

Цивільний кодекс (ЦК) УСРР 1922 р. складався із загальної частини (основні засади, суб'єкти права (особи), об'єкти права (майно), угоди, позовна давність); речового права (права власності, права забудови, застави майна); зобов'язального права (зобов'язання, які виникають з договорів, – купівля-продаж, міна, наймання майна, позика, підряд, порука, доручення, довіреність, товариства, страхування; зобов'язання, що виникають внаслідок безпідставного збагачення; зобов'язання, що виникають внаслідок заподіяння шкоди); спадкового права.

ЦК УСРР передбачав захист цивільних прав, а також усім громадянам надавалася цивільна правоздатність, характерно, що обсяг такої не залежить від статі, віросповідання, національності. Кожний громадянин УСРР отримав право вільно пересуватися, вибирати професію, придбавати або відчужувати майно, укладати договори, але обов'язково без порушення законодавства.

ЦК УСРР 1922 р. визначив такі форми власності: державну, кооперативну, приватну. Кодекс чітко визначав, що надра, земля, ліси, води перебували у власності держави. Ще були важливі норми цивільного права: дозволялася певна свобода договору і він міг бути недійсним, якщо це могло завдати шкоди державній власності. В останньому розділі ЦК УСРР закріпив норми спадкового права, спадкування дозволялося за законом і за заповітом [2, с. 306].

Кодекс законів про сім'ю, опіку, шлюб і про акти громадянського стану (КЗпС) УСРР 1926 р. ґрунтувався на основних принципах сімейного права, які були закладені

в перших декретах. КЗпС УСРР визначив порядок укладення і розірвання шлюбу, визнання його недійсним, наприклад, якщо він укладений за релігійним обрядом. Чітко визначалися майнові права подружжя, майно набуте під час шлюбу належить обом на праві спільної власності. У разі розлучення набуте майно ділиться між подружжям на однакових долях. У кодексі закріплювалися особисті права всіх членів родини. Регламентувалися принципи рівності і незалежності чоловіка та дружини. Діти, що народжені поза шлюбом, мали такі ж права, як діти, що народжені у шлюбі. Законодавець визначив порядок встановлення батьківства позашлюбних дітей. Значна увага приділялася материнству, кожна мати отримувала від держави грошову допомогу, за її бажання така допомога могла бути замінена на натуральну допомогу. КЗпС УСРР передбачав право чоловіка або дружини на аліменти, також він регулював питання відносин стосовно опіки й піклування, відносин батьків та дітей, не залишилися без уваги питання усиновлення (удочеріння) і т. п.

Земельний кодекс (ЗК) УСРР 1922 р. закріпив загальні положення про трудове землекористування, про міські землі, про державне земельне майно, про землеустрій і переселення. ЗК УСРР було закріплено право вилучення земель у землекористувачів для державних і громадських потреб, а також можливість примусового переселення землеробного населення в іншу місцевість.

ЗК УСРР визначив правове положення земельного товариства (склад, органи управління, права та обов'язки). Право на користування землею здійснювали землекористувачі, які входили до земельного товариства. До таких товариств прирівнювалися сільськогосподарські артілі й комуні, об'єднання дворів [4, с. 679]. Форма земельного користування визначалося товариством.

У Кодексі законів про працю (КЗпП) УСРР 1922 р. більшість норм збереглися від попереднього періоду. В основу трудових відносин було покладено принцип добровільної згоди працівника. Трудова угода могла бути визнана недійсною, якщо вона погіршувала умови праці. Трудова повинність застосовувалася лише у виняткових випадках. КЗпП УСРР 1922 р. визначив поняття трудового і колективного договорів. Умови трудового договору визначалися за угодою сторін (порядок укладення, виконання та наслідки порушення трудового договору).

Містилися важливі положення про охорону праці, працю неповнолітніх і жінок, професійні спілки, соціальне страхування, внутрішній трудовий розпорядок, оплату праці. Робочий день на міг перевищувати 8 годин, а для працівників 16–18 років – 6 годин.

У разі систематичного невиконання працівником своїх обов'язків (за договором або правилами внутрішнього трудового розпорядку) адміністрація могла звільнити, якщо застосовані раніше до нього заходи дисциплінарного впливу не дали бажаних результатів.

У кодексі чітко регламентується відповідальність за прогул. Керівник може застосувати такі заходи, як: дисциплінарне стягнення, позбавлення надбавки до заробітної плати, звільнення з роботи. У трудовій книжці робився запис про звільнення за прогул без поважної причини. Передбачалося втрата стажу безперервної роботи.

Якщо працівник не виконував свої обов'язки з причин, які від нього не залежали, кодекс запровадив норму, що передбачає оплату працівникові у розмірі середнього денного заробітку.

Кримінальний кодекс (КК) УСРР 1922 р. включав традиційно дві частини (Загальну й Особливу). У Загальній частині було визначено основні завдання Кримінального кодексу, поняття злочину, мету покарання (загальне попередження, виправно-трудоий вплив, позбавлення злочинця здійснення протиправної діяльності), форму вини (умисел, необережність), види покарань (розстріл, позбавлення волі, примусові роботи). Розстріл не засто-

совувався до осіб, які не досягли вісімнадцяти років, до вагітних жінок, якщо з моменту скоєння злочину пройшло не менше п'яти років. Строк позбавлення волі встановлювався від шести місяців до десяти років.

В Особливій частині визначено різні групи злочинів, такі як: державні (контрреволюційні, проти порядку управління), посадові (службові), проти життя, здоров'я, свободи (вбивство, тілесні пошкодження, залишення в безпеці, статеві злочини, інші посягання на особистість і її гідність), господарські, майнові, військові, порушення правил відокремлення держави і церкви, проти народного здоров'я, суспільної безпеки і громадського порядку.

Кримінальний кодекс УСРР 1927 р. значно посилював кримінальну репресію [1, с. 353].

Цивільно-процесуальний кодекс (ЦПК) УСРР 1924 р. закріпив низку демократичних принципів цивільного процесу (такі як гласність, усність, публічність, безпосередність судочинства, незалежність суддів, рівноправність сторін і змагальність сторін).

Відповідно до ЦПК УСРР сторони надавали докази у справі, але суд для з'ясування важливих обставин справи міг здійснити їх витребування.

Також варто зазначити, що ЦПК УСРР досить детально регулював порядок позовного розгляду справ, представництва у суді, строків, виклику до суду, питання витрат і штрафів, оскарження й перегляд судових рішень тощо.

Кримінально-процесуальний кодекс (КПК) УСРР 1922 р. закріпив демократичні принципи кримінального процесу (незалежність суддів, безпосередність, усність, гласність, публічність судочинства, рівноправність і змагальність сторін, право обвинуваченого на захист).

Також було визначено порядок проведення дізнання і попереднього слідства, пред'явлення обвинувачення, допит обвинуваченого, свідків, експертів, запобіжні заходи, обшуки й виїмки, огляди й освідчення, закінчення попереднього слідства, оскарження дій слідчого тощо. Окрім того, містилися норми провадження справ у суді (порядок проведення судового засідання, зміну обвинувачення та притягнення до суду інших осіб, ухвалення і оскарження вироків суду та інше).

КПК УСРР закріпив завдання органів прокуратури у здійсненні нагляду за слідством та законністю арешту, у порушенні кримінальних справ, підтримання державного обвинувачення на суді тощо [3, с. 315].

У 1927 р. було прийнято новий КПК УСРР, відповідно до якого було значно розширено права органів дізнання, звужувалося право обвинуваченого на захист, а визнання обвинуваченим своєї вини ставало одним з головних доказів.

Даючи загальну оцінку першій кодифікації радянського законодавства, слід визначити її загальною позитивним явищем, яке об'єктивно відповідало тим історичним соціально-економічним умовам, що склалися в період НЕПу. Спираючись на «революційні завоювання» попереднього періоду, кодифікація створювала більш ліберальний режим, суттєво розширювала права і свободи особистості, забезпечувала певну стабільність у суспільстві, відбувала у законодавстві той «переворот у поглядах на соціалізм», який відбувся з переходом до НЕПу. Інша справа, що фактично відбулося повернення до засад, які діяли раніше. Багато чого позитивного так і залишилося не реалізованим до кінця.

Перша кодифікація законодавства радянської України базувалася на принципі єдності радянського законодавства, беручи за приклад нормативно-правові акти РСФРР як вихідний пункт. Отже, можна говорити про врахування у цей період деяких специфічних економічних, національних і побутових умов України [4, с. 676]. Щоправда, в більшості кодексів УСРР ці відмінності стосовно своїх російських аналогів були незначні.

Таким чином, в Україні перша українська радянська кодифікація відбувалася в 1922–1927 рр. У ході цієї кодифікації виявилися визначальні риси, які притаманні розвитку українського законодавства впродовж всього радянського періоду: воно формувалося, в основному, шляхом реценції російського чи загальносоюзного права, було уніфікованим до загальносоюзних стандартів, внаслідок чого повноцінного законотворчого процесу в УСРР не відбувалося. Слід також зазначити, що українські законодавці краще себе проявили, аніж російські правники. У Цивільному кодексі УСРР містилося кілька незначних відмінностей. У Кримінальному кодексі УСРР порівняно з Кримінальним кодексом радянської Росії закріпилося одинадцять нових статей. Земельний кодекс УСРР регламентував місцевий специфічний землевпорядний процес. Так, під час підготовки ЦПК радянської Росії за основу взяли проект ЦПК УСРР. Тільки в Україні були підготовлені Адміністративний кодекс та Кодекс законів про народну освіту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бойко І.Й. Кримінальні покарання в Україні (ІХ–ХХ ст.) : навчальний посібник. Львів : ЛНУ імені Івана Франка, 2013. 408 с.
2. Бойко І.Й. Правове регулювання цивільних відносин в Україні (ІХ–ХХ ст.) : навчальний посібник для студентів вищих навчальних закладів. Київ : Атіка, 2013. 348 с.
3. Музиченко П.П. Історія держави і права України : навчальний посібник. 6-те вид., перероб. і доп. Київ : Знання, 2007. 471 с.
4. Терлюк І.Я. Історія держави і права України : навчальний посібник. Київ : Атіка, 2011. 944 с.

**АВГУСТО ХОСЕ РАМОН ПІНОЧЕТ УГАРТЕ І КОНСТИТУЦІЯ ЧИЛІ 1980:
КРИЗЬ АВТОРИТАРИЗМ ДО ДЕМОКРАТІЇ****AVHUSTO KHOSE RAMON PINOCHET UGARTE AND THE CONSTITUTION OF CHILE 1980:
THROUGH AUTHORITARISM TO DEMOCRACY****Ященко Д.С., студентка I курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Ромашко О.І., студент III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

У статті проаналізовано історію становлення сучасної чилійської державності крізь призму найбільш неоднозначних періодів в історії Чилі, а саме правління військової хунти та політичної диктатури Августо Хосе Рамона Піночета Угарте. На зазначений період часу припала низка подій починаючи від державного перевороту 11 вересня 1973 року до відмови Августо Піночета брати участь у президентських виборах 10 грудня 1990 року. У роботі проаналізовано постать Августо Піночета та його вплив на чилійську державність. Охарактеризовано передумови, причини та мотиви військового перевороту 11 вересня 1973 року, результатом якого стало знищення соціалістичного уряду Народної єдності та встановлення влади воєнної хунти. Зазначено причинно-наслідковий зв'язок між політикою лівих сил на чолі із Сальвадором Альєнде та військовою диктатурою Августо Піночета. Наведено негативні зміни у структурі економіки, що відбулися внаслідок політики уряду Альєнде. Зосереджено увагу на особливостях диктатури Августо Піночета, що характеризувалася повною узурпацією влади, встановленням авторитарного режиму, репресіями та масовим порушенням прав людини. Розглянуто питання функціонування Управління національної розвідки (ДИНА) та його роль у військовій диктатурі. У роботі проаналізовано систему соціально-економічних та політичних змін, яких зазнала чилійська державність у період військової диктатури. У цій статті досліджується функціонування державної влади в період авторитарного режиму Піночета, прийняття конституційного акта 1980 року, охарактеризовано основні засади чилійської державності відповідно до Конституції 1980 року та проаналізовано вплив військового режиму на чилійську державність. Охарактеризовано правові механізми, що уможливили перехід чилійської державності від режиму авторитарної диктатури військових до цивільної демократії.

Ключові слова: Августо Піночет, військова хунта, авторитарний режим, демократія, диктатура, військовий переворот 1973 року, Конституція Чилі 1980 року.

The article analyzes the history of modern Chilean statehood through the prism of the most ambiguous periods in the history of Chile, namely the rule of the military junta and the political dictatorship of Augusto Jose Ramon Pinochet Ugarte. This period coincided with a series of events, from the coup d'etat of September 11, 1973, to the refusal of Augusto Pinochet to run in the December 10, 1990 presidential election. The paper analyzes the figure of Augusto Pinochet and his influence on Chilean statehood. The preconditions, reasons and motives of the military coup of September 11, 1973, which resulted in the destruction of the socialist government of People's Unity and the establishment of the military junta, are described. There is a causal link between the policies of the left, led by Salvador Allende, and the military dictatorship of Augusto Pinochet. The negative changes in the structure of the economy that have occurred as a result of the policy of the Allende government are presented. The focus is on the peculiarities of the dictatorship of Augusto Pinochet, which was characterized by complete usurpation of power, the establishment of an authoritarian regime, repression and mass violations of human rights. The functioning of the Office of National Intelligence (DINA) and its role in the military dictatorship are considered. The paper analyzes the system of socio-economic and political changes that Chilean statehood underwent during the military dictatorship. This article examines the functioning of state power during the authoritarian regime of Pinochet, the adoption of the constitutional act of 1980, describes the basic principles of Chilean statehood in accordance with the 1980 Constitution and analyzes the impact of the military regime on Chilean statehood. The legal mechanisms that enabled the transition of Chilean statehood from a regime of authoritarian military dictatorship to civilian democracy are described.

Key words: Augusto Pinochet, military junta, authoritarian regime, democracy, dictatorship, military coup of 1973, Constitution of Chile of 1980.

Вступ. Історія становлення сучасної чилійської державності та її шляху до економічного розвитку та процвітання порушує низку питань, відповіді на які складно дати. Одним з найбільш неоднозначних періодів в історії Чилі є час правління військової хунти та політична диктатура Августо Хосе Рамона Піночета Угарте. На зазначений період часу припала низка подій починаючи від державного перевороту 11 вересня 1973 року до відмови Августо Піночета брати участь у виборах президента 10 грудня 1990 року.

Актуальність. На нашу думку, питання актуальності правління Августо Піночета, прийняття Конституції Чилі 1980 року, а також політичного режиму, яким характеризується форма держави, притаманна Чилі на різних етапах її державності, після державного перевороту 11 вересня 1973 року впливає з трьох основних аспектів, які розглянемо далі.

По-перше, слід виділити культурологічний аспект актуальності. Так, правління Августо Піночета залишило чималий відбиток як у чилійській, так і у світовій культурі.

По-друге, варто зазначити політологічний аспект актуальності. Насамперед політичний режим Чилі та форма правління, що мала місце після вересневого перевороту, увійшли у світову історію як один з найяскравіших прикладів військової хунти. Така форма політичного режиму становить для нас науковий інтерес та актуалізує це питання.

Разом із тим не можна не зазначити економічний успіх Чилі та загалом політику Августо Піночета, що являє інтерес з точки зору політології та робить це питання актуальним.

По-третє, актуальність цього дослідження виявляється у історіографічному аспекті. Поширеність проблематики чилійської державності в період військового режиму в наукових працях, зокрема з історії держави і права, також актуалізує цю роботу.

Аналіз актуальних досліджень та історіографії. Нині у світовій та українській історіографії немає єдиного підходу до оцінки військового режиму, його впливу на чилійську державність та постать Августо Піночета. Зокрема, на думку історика Армандо Урібе, Августо Піночет був військовим інтелектуалом та особою, що справді була

здатна очолити націю під військовою егідою. Своєю чергою Андреас Солімано та Раймундо Сото дотримуються протилежної точки зору, щоправда, визнаючи певний економічний прогрес, що при цьому супроводжувався тиранією та регулярними порушеннями прав людини.

Американські дослідники здебільшого позитивно оцінюють діяльність Августо Піночета Угарте. Для прикладу, Джеймс Чифер у своїй праці «Is Chile a Neoliberal Success?» розглядає політику Піночета як «рішучий крок» до побудови ринкової економіки та неоліберальної держави. Окрім того, варто також відзначити фундаментальні дослідження Джонатона Франкліна.

Своєю чергою радянська історіографія займає чітку антагоністичну позицію стосовно діяльності Августо Піночета, що об'єктивно зумовлене радянською комуністичною ідеологією та підтримкою уряду Сальвадора Альєнде.

Українська історіографія також не містить єдиного підходу до характеристики та оцінки діяльності Августо Піночета. На думку дослідника Романа Тиси, в українській історичній та політологічній науках нині з'явилось та прогресує таке явище, як «піночетофілія», що зумовлене історико-політичним досвідом України як пострадянської держави, що не дає багатьом українським дослідникам об'єктивно розглядати та порівнювати правління Сальвадора Альєнде та Августо Піночета. Разом із тим Віктор Каспрук у своїй статті «Чилі-1973» вказує на необхідність та об'єктивну зумовленість дій Августо Піночета щодо радикальної політики та військового перевороту. Грунтовний аналіз правління Августо Піночета можна прослідкувати у праці Тараса Осадчого «Августо Піночет-генерал, політик, реформатор...», у якій автор оцінює діяльність Августо Піночета в контексті зміни державного та економічного політичного курсу, розглядаючи при цьому тиранію авторитарного диктатора, жахи репресій та воєнного путчу.

Мета цієї статті полягає у дослідженні подій військового перевороту 11 вересня 1973 року, правління військової хунти та Августо Піночета, прийняття Конституції Чилі 1980 року, її аналіз та характеристика політичного режиму Чилі як складника форми держави.

Методика наукового дослідження передбачає низку теоретичних (аналіз, синтез, узагальнення, дедукція, індукція та пояснення), а також функціонального, історичного та системного методів.

Виклад основного матеріалу. На питання, що виникають з приводу авторитарного режиму в Чилі після 11 вересня 1973 року, навряд чи можна відповісти, не аналізуючи його передумов та не відслідковуючи причинно-наслідкові зв'язки між політикою лівих сил на чолі із Сальвадором Альєнде та військовою диктатурою Августо Піночета. На нашу думку, саме зумовленість військового перевороту та, як наслідок, авторитарна політика хунти досить яскраво відображають соціальну та економічну кризу всередині чилійської державності в комуністичний період. У передумовах вересневого перевороту можна чітко вбачати основні аспекти зазначеної соціально-економічної кризи і разом з тим шляхом такого аналізу можна встановити певну закономірність формування авторитарного режиму в Чилі, його еволюцію та повернення до демократії.

За результатами президентських виборів 1970 року Сальвадор Альєнде та сили Народної єдності не отримали абсолютної підтримки виборців. Між лівими силами та центристами йшла потужна політична боротьба, результатом якої найбільшу кількість голосів набрали Сальвадор Альєнде та представник Християнсько-демократичної партії Хорхе Алессандрі Родрігес. При цьому конституційна процедура, передбачена Конституцією 1925 року, встановлювала необхідність вибору Конгресом одного з двох кандидатів, що за результатами виборів набрали найбільшу кількість голосів [9].

За результатом голосування 24 жовтня 1973 року Конгрес Чилі вибрав Сальвадоре Альєнде президентом. У результаті виборів почалось впровадження досить жорсткої соціалістичної політики як у соціальній сфері, так і в економіці. Такий підхід лівих сил, що прийшли до влади, призвів як до росту соціальної напруженості всередині країни, так і до значних економічних наслідків.

Внаслідок політики уряду Альєнде відбулися значні негативні зміни в структурі економіки, пов'язані з націоналізацією банків, великих промислових підприємств, корпорацій, що, зокрема, загострило відносини між Чилі та капіталістичними державами, що вбачали в чилійській економіці як перспективний ринок збуту, так і якісне інвестиційне поле, що стосувалося відносин зі Сполученими Штатами Америки [3].

У світову історію Августо Хосе Рамон Піночет Угарте увійшов як яскравий приклад військового диктатора, проте, застосовуючи таку категорію до цієї історичної особи, слід усе ж визначити дефініцію поняття «диктатор».

Звертаючись до юридичної енциклопедії за редакцією Ю.С. Шемшученка, можемо дати таке визначення: диктатор – це правитель, у руках якого зосереджена влада, яка не обмежується правом та соціально-політичними інститутами, такий правитель ігнорує правові й моральні норми, а у своїх діях спирається на збройну агресію із застосуванням насильства і репресії. Зважаючи на вищевикладене визначення, можемо відзначити, що родовими ознаками категорії «диктатор» є такі, як зосереджена влада, необмеженість правом або соціально політичними інститутами, порушення правових чи моральних норм, опора на збройну силу, застосування насильства і репресій [10].

Зазначені вище ознаки цілком відповідають діяльності Августо Піночета, проте, окрім них, варто проаналізувати відповідність дій військової еліти Чилі стосовно військового перевороту 11 вересня 1973 року та попередніх дій крізь призму принципів легітимності та легальності. Якщо у разі з принципом легальності все досить просто і зазначені вище дії абсолютно протирічать правовим засадам чилійської державності ХХ століття, то стосовно принципу легітимності варто зазначити деякі принципові аспекти. Відповідаючи на питання щодо відповідності дій заколотників політичній волі чилійського народу, не можна дати однозначної відповіді. На нашу думку, така відповідність справді мала місце, проте неповною мірою. На підтвердження попередньої тези можна навести попередні прецеденти протидії уряду Альєнде, що трапилися до вересневого перевороту.

Одним з найбільш відомих актів протесту проти політики уряду Альєнде став марш «порожніх каструль» 1971 року, в основу якого лягла демонстрація незадоволення матеріальним рівнем життя чилійських жінок, представниць середнього та заможних класів [4]. У квітні 1973 року пройшли масові демонстрації, що переросли у студентське повстання, незважаючи на лояльність до опозиції та демократичний настрої уряду Альєнде, вуличні сутички переросли у розстріли студентів чилійськими карабінерами.

Щодо перших активних дій армії стосовно протидії уряду Альєнде, варто відзначити події танкаси 29 червня 1973 року, що стала «генеральною репетицією» військового перевороту. Вісім танків та снайпери перекирили центр Сантьяго та пішли на штурм Мін де Хауса. Очолив це повстання Хав'єр Паласіос, придушення танкаси здійснювалося за рахунок збройних сил Чилі, причому у такому придушенні значну роль відіграв Августо Піночет, оперативність дій якого під час червневих подій 1973 року відіграла чималу роль у його кар'єрному зростанні. Президент призначає Августо Піночета головнокомандувачем сухопутних військ Чилі. Як зазначає Олексія Підлуцький: «Це – найвища посада, якої може досягти чилійський військовий. Адже військового, який водночас

командував би ще й авіацією та флотом, просто не існує, ті підпорядковуються безпосередньо президентові» [7].

Повертаючись до економічної та соціальної кризи в Чилі, часто наводиться загальнонаціональна забастовка Профсоюзу власників вантажівок, оголошена 25 липня 1973 року, результатом якої став транспортний колапс, значні проблеми з продовольчим забезпеченням держави та низка інших економічних проблем, що ще сильніше похитнуло нестабільну ситуацію в Чилі. Щоправда, слід наголосити, що досить часто дослідники, розглядаючи це питання, апелюють до впливу ЦРУ на здійснення такої акції протесту з метою тиску на уряд Альєнде [3].

Зазначена економічна ситуація та внутрішньо-соціальні конфлікти значною мірою вплинули на військову еліту, яка традиційно відігравала значну роль у чилійській державності. Проте позиції військових щодо режиму Альєнде не можна назвати однозначними. Основною проблемою, що унеможливила централізовані дії армії щодо повалення уряду Сальвадоре Альєнде, виступало те, що головнокомандувач армії Чилі Карлос Пратс Гонсалес, що обіймав посаду віце-президента Чилі в уряді Альєнде, був лояльним до соціалістичного режиму та не поділяв ідей змовників. Внаслідок низки подій, що мали місце в червні 1973 року, репутація головнокомандувача Збройних сил Чилі була значною мірою підірвана. Карлос Пратс загалом і не користувався широкою підтримкою військової еліти та популярністю в армії, однак інцидент з Алехандріною Кокс 27 червня 1973 року «став останньою краплею», репутація Пратса як генерала і політика зазнала нищівного удару, його авторитет в армії був остаточно підірваний, тому згнєблений генерал подав у відставку [7].

Нищівним ударом для головнокомандувача стала танказа, що 29 червня 1973 року, незважаючи на невдалу спробу путчу, показала вразливість Сантьяго та простоту здійснення державного перевороту. При цьому Карлос Пратс, що разом з Августо Піночетом відіграв головну роль у придушенні путчу, ще сильніше втрачав авторитет та піддавався критиці.

У серпні 1973 року внаслідок мітингу та перелічених раніше подій Карлос Пратс 23 серпня пішов у відставку, а на пост головнокомандувача був призначений Августо Піночет, що ліквідувало останню перепону для здійснення військового перевороту.

Як зазначає у своєму дослідженні Олекса Підлуцький, «головною ж перешкодою для путчу був попередник Піночета генерал Пратс, який категорично виступав проти втручання армії в політику і повалення законного уряду» [7].

9 вересня 1973 року командуючими повітряних, морських та сухопутних сил генералами Густаво Лейхом, Тарібіо Міріно та Сесар Міндос були вирішені останні питання організації та здійснення перевороту, а вже 11 вересня в Чилі відбувся воєнний переворот, внаслідок якого всі адміністративні будівлі були захоплені військовими, президентський палац був обстріляний та взятий штурмом. Внаслідок дій змовників Сальвадоре Альєнде загинув, соціалістичний уряд Народної єдності був знищений, а до влади прийшла воєнна хунта, сформована з еліти збройних сил [5].

До складу воєнної хунти увійшли головнокомандувач чилійської армії Августо Піночет Угарте, головнокомандувач військово-морськими силами адмірал Хосе Тарібіо Міріно, головнокомандувач військово-повітряними силами генерал Густаво Лі Гусман та командуючий корпусом карабінів Сесар Міндос Дуран. Воєнна хунта виступала найвищим органом державної влади, поєднуючи у собі функції законодавчої, виконавчої та судової влади.

Прихід до влади військових внаслідок подій вересневого путчу 1973 року призвів до повної узурпації влади чилійської державності. Силами Піночета було припинено діяльність Конгресу. Поряд з припиненням функціонування парламенту воєнною хунтою було запроваджено

жорстку заборону в формуванні будь-яких політичних сил та у функціонуванні політичних партій.

Поряд з узурпацією влади військовою адміністрацією було встановлено спершу комендантську годину, а згодом і воєнний стан, що надавав хунті широкі повноваження, виступаючи де-юре засобом легалізації авторитарного режиму Піночета.

Як уже відзначалося раніше, постать Августо Піночета в історії Чилі неможливо розглядати однозначно. Поділяючи думку Романа Тиси: «Альєнде і надалі залишається у Чилі доволі контраверсійною персоною. Одним чилійцями він розглядається мало не як герой, інші засуджують його за провокування військового перевороту», тому у разі згадки подій 13 вересня 1973 року необхідно розглядати їх соціально-економічні наслідки. Перехід влади до військової хунти та становлення в державі авторитарного режиму потягли за собою як зовнішні, так і внутрішньодержавні репресії, що супроводжувалося масовим порушенням прав людини [8].

Перш за все серед таких репресій слід відзначити добровільне вигнання та незаконні депортації за межі держави політичних опонентів та дисидентів. Внаслідок приходу до влади воєнної диктатури почалися масові політичні переслідування, а згодом тортури та вбивства. Вілла Грінальді та стадіон Сантьяго були перетворені на масштабні концентраційні табори, яких загалом на території Чилі існувало понад два десятки.

У 1998 році Апеляційний суд палати лордів Об'єднаного Королівства пред'явив Августо Хосе Рамону Піночету Угарте обвинувачення в 3197 убивствах та масових тортурах щодо більше п'ятисот тисяч осіб. За результатом судового розгляду 8 серпня 2000 року Верховним судом Чилі з Августо Піночета було тимчасово знято парламентську недоторканість, а разом із тим очільника хунти було визнано головним підозрюваним у трьохстах позовах щодо порушення прав людини. Августо Піночету було пред'явлено обвинувачення у вбивстві спочатку 127, а згодом і 131 дисидента, серед яких були громадяни Іспанії.

Окрім зазначених злочинів проти життя та здоров'я людей та масових порушень прав людини, чилійський диктатор звинувачувався національною судовою системою у вчиненні тяжких фінансових злочинів. Зокрема, в межах судового розслідування у Чилі в 2004 році були вилучені кошти та майно Піночета на загальну суму 4,9 мільйона доларів, проте 2017 року апеляційним судом було прийняте рішення щодо повернення вдови та дітям экс-диктатора конфіскованих коштів та майна [8].

Розглядаючи питання масових репресій у період диктатури Піночета, необхідно звернути увагу на функціонування Управління національної розвідки. Так звана ДНА, очолювана Мануелем Контрерасом, була заснована 13 вересня 1973 року. Уже через рік свого функціонування ДНА була відокремлена як окремий внутрішній орган зі спеціальним статусом. Де-факто ДНА виконувала функції політичної поліції. Саме на цей орган було покладено відповідальність за операцію «Кондор», що була спрямована проти внутрішньої опозиції, та «Коломбо», метою якої було придушення політичної опозиції за межами Чилі. Саме силами ДНА було репресовано та знищено таких відомих постатей: генералів Альберто Бачелета та Карлоса Пратса, журналістів Чарльза Гормана, Роберто Гальо, Антоніо Кланса, співака Віктора Хара та багатьох інших.

Разом із тим окремої уваги потребує питання реформ та соціально-економічних перетворень, що мали місце в Чилі у період авторитарної диктатури. Варто зазначити, що воєнною хунтою та Августо Піночетом після здійснення державного перевороту впроваджувалася ліберальна економічна політика. Значну роль у відновленні економіки держави відіграла група чилійських економістів, що здобули освіту в Чикаго та отримали колективне прізвисько «чиказькі хлопчики». За рахунок свободи дій

та активної державної підтримки стала можливою економічна стабілізація держави.

Першим кроком серед економічних перетворень у державі стала масова приватизація. У 1974–1978 роки було реприватизовано компанії, що були націоналізовані Альєнде: законним власникам поверталися їхні шахти, банки, маєтки та бізнес. У 1985 році була здійснена масова приватизація телекомунікаційного та енергетичного секторів.

Другим кроком стало повернення чилійської економіки до системи міжнародної торгівлі. Було переглянуто та радикально змінено податкову та митну політику держави. Таким чином, імпорتنі мита було значно скорочено (у середньому з 60% до 10%), а податкові ставки було знижено (для прикладу, оподаткування прибутків корпорацій впало з 46% до 10%) [6].

Фінансова лібералізація, нові правила регулювання ринку праці, реформування соціальних послуг та децентралізація прийняття рішень в економіці спричинили зменшення розмірів державного сектору та розвиток приватного сектору, а разом із цим підвищення ринкової конкуренції та зміну структури трудових відносин. Аналізуючи статистичні дані, що розглядають у своїх дослідженнях Джеймс Чифер та Тарас Осадчий, можемо сформулювати такі висновки. За рахунок оптимізованої економічної політики в 1985 році державні витрати вдалося скоротити на 27%. При цьому у період з 1974 по 1978 роки видатки бюджету було зменшено з 25,8% до 19,7% від ВВП. Було також скорочено рівень зайнятості в державному секторі, яка скоротилася з 300,6 до 299,3 тисячі осіб, а кількість публічних осіб з 1973 по 1977 рік зменшилася з 507 до 70 [2].

Щодо інших економічних змін, то вільний ринок було запроваджено у сферах освіти, охорони здоров'я, соціального забезпечення, системи пенсійного забезпечення, житлового будівництва. Було фактично ліквідовано міністерства охорони здоров'я, освіти і житлового будівництва. Реформи торкнулися і пенсійної системи, яка де-факто була приватизованою. Внаслідок зазначеної економічної політики вдалося скоротити рівень інфляції, відновити економіку держави та стимулювати її подальший розвиток.

Військовим урядом було ліквідовано соціалістичні інститути, запроваджені в період правління Сальвадоре Альєнде, було скасовано нормування їжі, контроль за торгівлею та низку інших установ. Досить швидко було вирішено проблему дефіциту споживчих товарів.

Внаслідок такої економічної політики Чилі вдалося зменшити зовнішні борги, які накопичував уряд Альєнде. Разом із тим значно зросло сільськогосподарське виробництво, а загальнонаціональний дохід зростав на 10% на рік. Понижувалися показники дитячої смертності та зростала середня тривалість життя. Значним досягненням уряду Піночета стала боротьба проти корупції, що була досить результативною.

Окрім того, серед якісних соціально-економічних змін варто відзначити значне зменшення у 1990 роках безробіття (до 5,6%), зростання середньої заробітної плати (у середньому на 4% на рік). Зазначені зміни на ринку праці значно скоротили масштаби бідності. Якщо у 1987 році у крайній бідності жили 17,4% всіх чилійців, то в 1996 році – лише 5,8%. При цьому зазначені зміни відбувалися в умовах глобальної рецесії [2].

Щодо Конституції 1980 року слід зазначити, що сам процес її прийняття можна назвати абсолютно демократичним, хоча Конституція і була затверджена на всенародному референдумі 11 вересня 1980 року, проте використанням Правлячою хунтою окремих механізмів впливу на виборців (посилена агітація за прийняття Конституції, обмеження щодо опозиціонерів та ін.). Разом із тим розробкою Конституції 1980 року займалися лояльні до військового режиму науковці та експерти, причому абсолютно

не враховувалась думка представників верств населення та інших представників різних політичних кіл Чилі. Окрім того, нова Конституція стала інструментом закріплення авторитарного режиму, оскільки гарантувала особливий статус для військових та надавала правове закріплення диктатурі Августо Піночета. Саме положення Конституції 1980 року передбачали можливість проведення конституційного референдуму та закріплювали можливість передачі державної влади від військових до цивільного уряду.

Варто зазначити, що Конституція Чилі пройшла досить тривалий шлях та зазнала значних змін поряд з еволюцією чилійської державності. Так, до Конституції 1980 року зміни вносились 17 разів, що досить сильно позначилось на приписах конституційного акта. Конституція Чилі складається з 14 глав та 120 статей, а також тимчасових положень. Особливістю цього конституційного акта виступало те, що в його початковій редакції вільними та рівними від народження визнавалися лише чоловіки (до внесення поправки про рівність у 1999 році).

Конституцією закріплювалось унітарна, демократична, президентська республіка. Національний Конгрес складається з нижньої палати – Палати депутатів та верхньої палати – Сенату. Виконавча влада представлена Урядом Чилі, главою якого є Президент держави. Місцево самоврядування здійснюється на рівні регіонів, провінцій і комун та характеризується іберійською моделлю самоврядування. Державі притаманна судова модель конституційного контролю, який здійснюється Конституційним Судом Чилі.

Конституцією закріплювався принцип політичного плюралізму, в результаті чого була сформована відкрита політична опозиція. У 1988 році було прийнято рішення про передачу влади цивільному уряду. В 1989 році пройшли президентські вибори, від участі у яких Августо Піночет відмовився, а вже 10 грудня 1990 року Піночет припинив здійснення президентських повноважень. Посаду Президента Чилі посів Патрісіо Ейлвін, що провадив неолиберальну політику та стимулював подальший розвиток держави, що стало першим кроком до відходу від авторитаризму військового режиму та започаткувало шлях держави до демократії [1].

Висновки. Зважаючи на наведений вище фактаж та проаналізовані матеріали стосовно періоду правління Августо Піночета та функціонування воєнного режиму, можемо дійти висновку, що чилійська державність змогла пройти за відносно короткий термін шлях від авторитарної диктатури військових до цивільної демократії. Так, справді можна констатувати всі ознаки авторитарного режиму як у період правління військової хунти, так і в період одноосібної диктатури генерала Августо Піночета. Безумовно, репресивна політика, що реалізувалася урядом Піночета, охоплювала масштабні порушення прав людини та суперечила як вимогам національного законодавства, зокрема, Конституції Чилі 1925 року, так і засадам міжнародного права. Зазначені порушення справді мали глобальний характер та відзначилися значними репресіями всередині держави. Разом із тим ліберальна економічна політика, що стала можливою внаслідок державного стимулювання економіки та повернення до ринкових економічних відносин, зробили можливим відродження, а згодом і розвиток економіки та значний прогрес держави на міжнародній арені.

Система якісних соціально-політичних змін, що були впроваджені під час воєнного режиму, дали можливість розвивати державу надалі. При цьому Конституція Чилі 1980 року, незважаючи на фактичне відсторонення чилійського народу від можливості формування Конституції та прийняття її в період диктаторського режиму, закріпила низку демократичних інституцій та з внесеними змінами виступає основним законом держави і по сьогодні. Саме правові механізми, передбачені такою Конституцією, уможливили проведення плебіситу та подальшу передачу влади цивільному уряду.

ЛІТЕРАТУРА

1. Constitution of the Republic of Chile. Електронне видання. URL: <https://documentcloud.adobe.com/link/review?uri=urn:aaid:scds:US:e0f5b752-2174-4814-b2d8-7728dad984f1#pageNum=1> (дата звернення: 19.04.2021).
2. James M. Cypher. Is Chile a Neoliberal Success? Електронне видання "Dollars & Sense". URL: <http://dollarsandsense.org/archives/2004/0904cypher.html> (дата звернення: 24.04.2021).
3. José Piñera. How Allende destroyed democracy in Chile. Електронне видання "Never Again – José Piñera". 04.08.2003. URL: <http://www.josepinera.org/zrespaldo/HOW%20ALLENDE%20DESTROYED%20DEMOCRACY%20IN%20CHILE.pdf> (дата звернення: 22.04.2021).
4. Paul W. Drake (ed.) and Ivan Jaksic (ed.). The Struggle for Democracy in Chile. Revised edition, University of Nebraska Press, 1995, p. 83.
5. Каспрук В. Чилі-1973: як країна уникла комуністичної катастрофи. Електронне видання «Блог політолога Віктора Каспрука». 17.09.2013. URL: <https://viktorkaspruk.wordpress.com/2013/09/23/чилі-1973-як-країна-уникла-комуністичної/> (дата звернення: 18.04.2021).
6. Осадчий Т. Августо Піночет – генерал, політик, реформатор... Електронне видання «Глобал Аналітик». URL: <http://www.global-analytik.com/економика/августо-піночет-генерал-політик-ре/> (дата звернення: 20.04.2021).
7. Підлуцький О. Августо Піночет: генерал, який одягнув на націю «залізні штани». Електронне видання «Дзеркало тижня». 11.07.2003. URL: https://zn.ua/ukr/SOCIUM/avgusto_pinochet_general_yakiy_odyagnuv_na_natsiyu_zalizni_shtani.html (дата звернення: 28.04.2021).
8. Тиса Р. Українська ідеологія. Частина 2. Піночетофілія. Електронне видання "Вперед. Debout, les damnés de la terre". 02.11.2015. URL: <https://vpered.wordpress.com/2015/11/02/tisza-pinochetophilia/> (дата звернення: 25.04.2021)
9. Лаврецький І. Сальвадор Альєнде. Москва : Молодая гвардия, 1974. С. 238.
10. Юридична енциклопедія : в 6 т. / за ред. Ю.С. Шемшученка. Київ : «Укр. енциклопедія» ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3: К–М. 792 с.

РОЗДІЛ 2

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО; МУНІЦИПАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 342.516 (477)

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/20>

НЕДОЛКИ ІНСТИТУТУ КОНТРАСИГНУВАННЯ: ВІД ЗАКОНОДАВЧОЇ ТЕХНІКИ ДО ПРАВАЗАСТОСУВАННЯ

SHORTCOMINGS OF THE INSTITUTE OF COUNTERSIGNATURE: FROM LEGISLATIVE TECHNIQUE TO PRACTICE

Байрачна Л.К., к.філос.н.,
доцентка кафедри конституційного права України
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Маленко В.О., студентка I курсу магістратури
Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблематиці функціонування інституту контрасигнування в Україні. Сутність цього правового інституту полягає в додатковому підписанні акта голови держави Прем'єр-міністром та/або міністром. Прихильники найбільш поширеного наукового підходу стверджують, що відповідальні суб'єкти своїми підписами лише підсилюють значущість вказаного акта та обмежують дискреційні повноваження Президента.

Незважаючи на актуальність окресленої тематики, законодавча техніка призводить до численних недоліків у правозастосуванні. Так, існує чимало прикладів фактичного невиконання положень Основного Закону. Венеціанська комісія та чимало українських науковців звертали на це увагу в своїх дослідженнях. Ми можемо окреслити основні проблемні питання: 1) який метод правового регулювання використано в частині 4 статті 106 Конституції України? 2) чи можуть уповноважені суб'єкти відмовитися від підписання акта? 3) чи встановлена відповідальність за таку відмову? 4) які правові наслідки матиме відмова від контрасигнування?

У наукових колах основна увага зосереджена на усуненні недоліків законодавчої техніки. Але ми вважаємо, що вирішальним все ж таки залишається правозастосування. Авторами встановлено можливі варіанти відповідальності за відмову виконання обов'язку з підписання актів голови держави, як-от можливість висловлення резолюції недовіри Кабінету Міністрів України за пропозицією Президента. Голова уряду вповноважений порушувати дисциплінарне провадження стосовно вповноваженого міністра, що може призводити до здійснення політичного тиску. Узагальнено та охарактеризовано деякі пропозиції усунення наявних колізій та прогалин, а саме регламентацію процедури відмови та створення органу, що дозволить би врегулювати розбіжності. Опрацьовано питання набрання чинності актів голови держави залежно від їх виду. Розглянуто можливість здійснення подальшого конституційного контролю, його відповідність засадам доктрини політичного питання.

Зроблено висновок про те, що контрасигнація може виступати інструментом системи стримувань та противаг. Але нормативне регулювання та правозастосування свідчать про невідповідність дійсної моделі цілям цього інституту.

Ключові слова: контрасигнування, підпис, акти голови держави, Президент України, Прем'єр-міністр, відповідальність, чинність актів, конституційний контроль, доктрина політичної доцільності.

This article deals with the problem of the functioning of the institute of countersignature in Ukraine. The essence of this legal institution is an extra signature of the act of the head of state provided by a Prime minister and/or minister. Proponents of the most common scientific approach argue that the responsible entities only strengthen the significance of this act with their signatures and limit the discretionary powers of the President.

Despite the relevance of the discussed topic, the legislative technique is characterised by many shortcomings in law enforcement. In particular, there are many examples of actual non-compliance with the provisions of the Basic Law. The Venice Commission and numerous Ukrainian scholars have paid attention to this in their research. We can identify the main problematic issues: 1) What method of legal regulation is used in part 4 of Article 106 of the Constitution of Ukraine? 2) Whether it is allowed to refuse signature by authorised subjects? 3) Is the responsibility for such refusal? 4) What are the legal consequences of the refusal to countersignature?

The doctrine focuses on eliminating the shortcomings of legislative techniques. Although, we believe that law enforcement in such an aspect is vital. The authors have identified possible variants of liability for the refusal to perform the duty to sign the acts of the Head of State. For example, there is an ability to take legal action to the Cabinet of Ministers of Ukraine by the President's request; the Prime Minister is authorized to initiate disciplinary proceedings against the empowered Minister. All of it can lead to political pressure. Some proposals to address existing conflicts and gaps have been summarized and described. In particular, the regulation of the refusal procedure and the creation of a state body that would resolve disputes. The issue of entry into force and validity of acts of the head of state depending on their type has been worked out. The possibility of further constitutional review and its compliance with the doctrine of the political question is discussed.

It was concluded that countersignature can be a tool of the system of checks and balances. But the existing regulations and law enforcement indicate the inconsistency of the existing model with the goals of this institution.

Key words: countersignature, signature, head of state's act, President of Ukraine, Prime Minister, responsibility, the validity of acts, constitutional review, political expediency doctrine.

Актуальність. Доволі поширений у світовій практиці інститут контрасигнування (контрасигнації) відобразився і в законодавстві України, насамперед у ч. 4 ст. 106 Конституції України. Однак наявне регламентування контрасигнування та усталена практика є приводом для занепокоєння і ставить під сумнів доцільність існування згаданого інституту права в Україні.

Із метою аргументації вказаної позиції пропонуємо ознайомитися з деякими положеннями Висновку «Про

конституційну ситуацію в Україні», підготовленого Венеціанською комісією. У ньому зауважено, що вимога контрасигнації передбачає встановлення обмежень щодо дискреційних повноважень Президента в деяких сферах і запобігає здійсненню ним його власної політики. Наявне формулювання і дуже короткий термін може підірвати актуальність інституту на практиці. Крім того, Закон України «Про Кабінет Міністрів України» нічого не говорить про можливі юридичні наслідки відмови прем'єр-міністра та/

або відповідального міністра скріпити підписом акт глави держави [1]. Не дивлячись на те, що він був підготовлений у 2010 році, українська влада залишила поза увагою рекомендації з внесення відповідних конституційних змін.

Крім цього, викликає занепокоєння систематичне нехтування вповноваженими суб'єктами приписів Основного Закону на практиці. Прикладом можна навести: Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 02 квітня 2021 року «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» від 09.04.2021 р. № 151/2021 [2], Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 квітня 2021 року «Щодо Національного плану вакцинопрофілактики гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, до кінця 2021 року» від 03.04.2021 р. № 139/2021 [3]; Указ Президента України «Про звільнення М. Точицького з посад Надзвичайного і Повноважного Посла України в Королівстві Бельгія, Надзвичайного і Повноважного Посла України у Великому Герцогстві Люксембург, Представника України при Європейському Союзі та Європейському Співтоваристві з атомної енергії» від 06.04.2021 р. № 143/2021 [4].

Мета дослідження полягає в аналізі чинного нормативно-правового регулювання інституту контрасигнації. Визначена мета зумовила постановку та вирішення таких завдань: розглянути неоднозначність у визначенні обов'язковості проставлення підпису; дослідити можливі варіанти відповідальності вповноважених суб'єктів за недотримання положень Конституції України вповноваженими суб'єктами; проаналізувати юридичні наслідки порушення конституційної процедури.

Наукові доробки. Дослідженнями інституту контрасигнування в Україні займалися такі науковці, як В.Б. Авер'янов, Д.М. Белов, Ю.П. Битяк, С.В. Болдирев, А.З. Георгіца, І.І. Дахова, А.А. Єзеров, В.П. Єрмолін, В.С. Кобрин, І.Б. Коліушко, А.І. Колисенко, Д.М. Мазур, О.В. Совгіря, В.Л. Федоренко, А.Д. Тулієв та деякі інші.

Виклад основного матеріалу. Зміст та сутність інституту контрасигнування у наукових колах визначається по-різному, що може бути представлене у вигляді двох основних концепцій. Прихильники першого підходу вважають, що голова держави перекладає відповідальність на прем'єр-міністра та міністра. Прихильники другого напряму стверджують, що відповідальні суб'єкти своїми підписами лише підсилюють значущість вказаного акта та обмежують дискреційні повноваження Президента. Йдеться про інструментарій системи стримування та противага [5; 6]. До слова, попри відсутність консенсусу, пріоритет у міжнародній спільноті віддається останній концепції.

Термін «контрасигнування», або «контрасигнація», в чинному законодавстві відсутній, але саме ним послугувалися законотворці під час створення ч. 4 ст. 106 Конституції України [7, с. 66]. Її положеннями регламентовано, що акти Президента України скріплюють підписами Прем'єр-міністра України і міністра, відповідальний за акт та його виконання, якщо вони видані в межах таких повноважень:

- призначення та звільнення глав дипломатичних представництв України в інших державах і при міжнародних організаціях; прийняття вірчих і відкличних грамот дипломатичних представників іноземних держав;
- очолювання Ради національної безпеки й оборони України;
- прийняття рішення про введення в Україні або в окремих її місцевостях надзвичайного стану, а також оголошення окремих місцевостей України зонами надзвичайної екологічної ситуації (з подальшим затвердженням цих рішень Верховною Радою України [8].

Системний та сутнісний аналіз вищевказаних положень Конституції України дозволяє дійти висновку, що

приписи частини 4 статті 106 Основного Закону закріплюють обов'язок, а не право Прем'єр-міністра та міністра, відповідального за акт та його виконання. Відповідна позиція знайшла своє підтвердження і в доктрині [7].

Також положення ч. 3 ст. 25 Закону України Про «Кабінет Міністрів України» встановлює, що Прем'єр-міністр України і міністр, відповідальний за акт Президента України, виданий Президентом України в межах повноважень, передбачених пунктами 5, 18, 21, 23 частини першої статті 106 Конституції України, та за виконання такого акта, зобов'язані скріпити його своїми підписами у п'ятиденний строк із дня надходження акта для скріплення [9]. Таким чином, у наведеному нормативно-правовому акті деталізується конституційна норма. Цікаво, що у законі перелік пунктів є дещо ширшим та охоплює виключений із Конституції пункт 23 (уповноважував голову держави утворювати суди у визначеному законном порядку).

Наразі в чинному законодавстві України окремо не закріплено відповідальності за відмову Прем'єр-міністра та/або відповідального міністра підписати акт глави держави. Постає питання: чи відсутня відповідальність як така?

Безперечно, Конституційний Суд України у своїх рішеннях неодноразово звертав увагу на те, що (згідно з частиною другою статті 19 Конституції України) всі органи державної влади зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України [8].

З іншого боку, пропонуємо виходити з нижченаведеного. Згідно з ч. 2 ст. 113 Конституції України Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених цією Конституцією. Президент України (відповідно до ч. 1 ст. 87 Основного Закону) уповноважений висувати пропозиції, на підставі якої Верховна Рада України може розглянути питання про відповідальність уряду та прийняти резолюцію недовіри Кабінету Міністрів України більшістю від конституційного складу Верховної Ради України [8].

Певні важелі впливу має і голова уряду. Так, згідно з п. 12 ч. 1 ст. 42 Закону України «Про Кабінет Міністрів України» Прем'єр-міністр України надає доручення щодо порушення дисциплінарного провадження стосовно міністрів та їх заступників; застосовує дисциплінарні стягнення [9].

Закріплення обов'язковості підписання без установлення можливості відмови, притягнення «порушників» до відповідальності, наявні варіанти якої було наведено вище, можуть виступати інструментарієм здійснення політичного тиску з метою прийняття «вигідних» актів. Це не може кореспондувати з тими цілями, які ставляться перед інститутом контрасигнування.

Вирішення окреслених нами питань на рівні доктрини вбачається так:

- звернення до Конституційного Суду з метою отримання тлумачення положень ч. 4 ст. 106 Конституції [5];
- внесення змін до Конституції України [5, 6];
- внесення змін до Закону України «Про Кабінет Міністрів України» через виключення положення, що встановлює обов'язковість контрасигнації [5; 6; 7; 10];
- звернення до Конституційного Суду України з поданням про визнання неконституційним положень Закону України «Про Кабінет Міністрів України» [5; 6; 10].

О.В. Совгіря пропонує повернутися до процедури відмови, для якої необхідно було Прем'єр-міністру та міністру в листі викласти мотиви свого рішення. Якщо ж була розбіжність у поглядах між указаними суб'єктами, то пропонується виносити таке питання на розгляд Кабінету Міністрів України [7, с. 68]. Певне раціональне зерно в цьому вбачається, однак доцільніше було б закріпити можливість винесення Прем'єр-міністром (за власною ініціативою або

ініціативою відповідального міністра) обґрунтованої відмови з пропозиціями щодо усунення недоліків.

Також поділяємо позицію В.С. Кобрини, який не погоджується з думкою Совгирі О.В. стосовно необхідності виносити питання на засідання Кабінету Міністрів України у разі розбіжностей поглядів Прем'єр-міністра та міністра, відповідального за акт та його виконання. На противагу останньому він радить остаточне рішення залишити за головою уряду як суб'єкта, що несе відповідальність за всю діяльність уряду [5, с. 204].

Вдалу альтернативу було запропоновано А.І. Колисенко. Врегулювання спірних питань має здійснюватися Узгоджувальною радою міністрів. До її складу рекомендується зарахувати Прем'єр-міністра, Першого віцепрем'єр-міністра України, профільного міністра та експертів [6, с. 55].

Останнім (але не за значущістю) є питання юридичних наслідків ухвалення актів із порушенням положень ч. 4 ст. 106 Конституції України.

Розбір цього питання вважаємо за доцільне розпочати з висновка, зробленого в Рішенні КСУ від 7 липня 2009 року № 17-рп/2009 (справа про конституційно встановлену процедуру набрання чинності законом). У ньому зазначено, що офіційне оприлюднення й опублікування закону є конституційно встановленою процедурою, необхідною для набрання ним чинності [11]. Ураховуючи вищенаведене, для вирішення питання про набрання чинності актами Президента України його необхідно розглядати невіддільно від регламентованої процедури їх оприлюднення та опублікування.

Наразі актами, належними до застосування, будуть Укази Президента України «Про опублікування актів законодавства України в інформаційному бюлетені «Офіційний вісник України» від 13.12.1996 р. № 1207/96 та «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» від 10.06.1997 р. № 503/97.

Звертаємо увагу на положення Рішення КСУ від 27 березня 2002 року № 7-рп/2002 (справа щодо актів про обрання/призначення суддів на посади та про звільнення їх із посад). У ньому Конституційний Суд України вказав, що стаття 106 Конституції України закріпила конкретний перелік повноважень Президента України, який на основі та на виконання Конституції і законів України видає обов'язкові до виконання на території України укази і розпорядження. За юридичними ознаками ці акти глави держави можуть мати як нормативно-правовий характер, так і індивідуально-правовий [12]. Тобто наявність різних видів правових актів свідчить про існування специфіки в порядку набрання ними чинності залежно від його виду.

Згідно зі ст. 4 Указу Президента України «Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності» нормативно-правові акти Верховної Ради України і Президента України набирають чинності через десять днів із дня їх офіційного оприлюднення, якщо інше не передбачено самими актами, але не раніше дня їх опублікування в офіційному друкованому виданні. При цьому пам'ятаємо про положення ч. 3 ст. 25 Закону України Про «Кабінет Міністрів України».

Відповідно до ч. 2 ст. 6, якщо інший нормативно-правовий акт опубліковано в «Офіційному віснику Президента України» чи в газеті «Урядовий кур'єр» до його опублікування в «Офіційному віснику України», він набирає чинності після опублікування в тому із вказаних офіційних друкованих видань, де його опубліковано раніше [13].

Що стосується актів Президента України, які не мають загального значення чи нормативного характеру, то вони можуть не публікуватися за рішенням голови держави. У такому разі вони офіційно оприлюднюються шляхом надсилання відповідним державним органам та органам місцевого самоврядування і доведення ними до відома підприємств, установ, організацій та осіб, на яких поширюється їх чинність.

Неопубліковані акти набирають чинності з моменту одержання їх державними органами або органами місцевого самоврядування, якщо органом, що їх видав, не встановлено інший строк набрання ним чинності. Акти про призначення на посади і звільнення з посад набирають чинності з моменту їх прийняття [13].

Через це хотілося б звернути увагу на Рішення КСУ від 26 листопада 2009 року № 30-рп/2009, де було розглянуто положення ч. 4 ст. 94 Конституції України. Нагадаємо: якщо Президент України не підписав закон, ухвалений під час повторного розгляду, то він невідкладно офіційно оприлюднюється Головою Верховної Ради України і опубліковується за його підписом [8]. Отже, відсутність під текстом Закону, ухваленого за результатами повторного розгляду, належної дати та підпису чинного Голови Верховної Ради України є порушенням установленної ч. 4 ст. 94 Основного Закону України процедури набрання ним чинності, що (згідно з ч. 1 ст. 152 Конституції України) є підставою для визнання Закону неконституційним (абзац восьмий підпункту 3.2 пункту 3 мотивувальної частини) [14].

Уважаємо, що законодавче конструювання норм, закріплених у ч. 4 ст. 106 та ч. 4 ст. 94 Конституції України, є подібним. І, що важливо, в обох випадках ідеться про обов'язок згаданих суб'єктів. Таким чином, (а аналогією до розглянутого рішення) порушення вимоги контрастності є порушенням процедури набрання чинності актом голови держави. Це може бути підставою для здійснення подальшого конституційного контролю з визнанням таких актів неконституційними.

Незважаючи на це, спірним є узгодження вищенаведеної можливості з доктринаю політичного питання (її ще називають доктринаю політичної доцільності). Її зміст полягає в тому, що суди не можуть вирішувати справи, в яких порушуються політичні питання, оскільки вони повинні вирішуватися політичними органами державної влади (законодавчою та виконавчою гілками влади, головою держави) як такими, що обираються народом і несуть перед ним відповідальність. Однак це не означає, що Суд не може ухвалити логічно правильне й обґрунтоване рішення, а він здійснює самообмеження, аби уникнути втягування себе в конфліктну ситуацію [15, с. 208].

За умов використання доктрини політичного питання суд може відмовити у відкритті провадження на підставі неналежності до повноважень КСУ порушених питань, застосувавши п. 2 ч. 1 ст. 62 Закону України «Про Конституційний Суд України» [16]. До того ж судді КСУ вже неодноразово зверталися до вказаної доктрини як у рішеннях, так і в окремих думках, як-от у Рішенні КСУ від 21.12.2017 р. № 3-р/2017 (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії). Визначення типу виборчої системи, її ознак та особливостей є питанням політичної доцільності та має вирішуватися парламентом відповідно до його конституційних повноважень за умов дотримання конституційних принципів та демократичних стандартів організації й проведення виборів [17].

Висновки. Можемо зробити висновок, що інститут контрастності, за умов його реального існування, є одним з елементів механізму стримування та противаги, що полягає в обмеженні дискреційних повноважень голови держави. Упорядкувавши висловлені в наукових доробках пропозиції щодо шляхів його реформування, ми можемо представити їх так: звернення до Конституційного Суду з метою отримання тлумачення положень ч. 4 ст. 106 Конституції, внесення змін до Конституції України, внесення змін до Закону України «Про Кабінет Міністрів України», звернення до Конституційного Суду України з поданням про визнання неконституційним положень Закону України «Про Кабінет Міністрів України».

У наукових колах основна увага зосереджена на усуненні недоліків законодавчої техніки окремо від практики.

На підставі проведеного нами дослідження чинного нормативно-правового регулювання інституту контрасигнації, враховуючи чисельні наукові доробки, ми не вбачаємо суттєвих проблем у тлумаченні. Так, на підставі проведеного нами аналізу стверджуємо, що нині встановлено саме обов'язок розглянутих суб'єктів. Не дивлячись на відсутність спеціальної норми, що встановлює відповідальність за відмову підписання, певні інструменти впливу все ж таки існують.

Основну ж увагу, дійсно, варто зосередити на практичному аспекті. З огляду на це, доцільно порушити питання

про можливість фактичного притягнення до відповідальності вказаних суб'єктів та настання правових наслідків такої відмови. Наразі все це може призвести до маніпулювань та політичного тиску, що не корелює з метою інституту контрасигнації. Крім цього, видається можливим визнання акта, ухваленого без дотримання розглянутої процедури, неконституційним повністю через порушення регламентованої процедури набрання ним чинності. Визнання ж усіх актів, що ухвалені з порушенням розглянутої нами процедури, може призвести до дестабілізації політико-правової системи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про конституційну ситуацію в Україні : Висновок, Міжнародний документ від 17.12.2010. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a36#Text (дата звернення: 29.04.2021).
2. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 19 березня 2021 року «Про застосування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)» : Указ Президента України від 09.04.2021 р. № 151/2021. *Законодавство України*: база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/151/2021#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
3. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 2 квітня 2021 року «Щодо Національного плану вакцинопрофілактики гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, до кінця 2021 року» : Указ Президента України від 03.04.2021 № 139/2021. *Законодавство України*: база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/139/2021#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
4. Про звільнення М. Точицького з посад Надзвичайного і Повноважного Посла України в Королівстві Бельгія, Надзвичайного і Повноважного Посла України у Великому Герцогстві Люксембург, Представника України при Європейському Союзі та Європейському Співтоваристві з атомної енергії : Указ Президента України від 06.04.2021 р. № 143/2021. *Законодавство України*: база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/143/2021#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
5. Кобрин В.С. Проблеми практичного функціонування інституту контрасигнування актів голови держави в Україні. *Вісник Національного університету Львівська політехніка. Юридичні науки*. Вип. 3. 2016. С. 200–205. URL: http://ena.lp.edu.ua:8080/bitstream/ntb/34631/1/32_200-205.pdf (дата звернення: 29.04.2021).
6. Кописенко А.І. Функціональна характеристика інституту контрасигнування. *Національний Юридичний Журнал: Теорія і Практика*. 2017. С. 51 – 56. URL: <http://www.jurnaluljuristic.in.ua/archive/2017/2/12.pdf> (дата звернення: 29.04.2021).
7. Совгіря О.В. Інститут контрасигнування актів глави держави в Україні: правова природа та проблеми законодавчого регулювання. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2010. С. 66–69. URL: <https://cutt.ly/RbioEAY> (дата звернення: 29.04.2021).
8. Конституція України : Конституція України, Конституція, Закон від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
9. Про Кабінет Міністрів України : Закон України від 27.02.2014 р. № 794-VII. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/794-18#Text> (дата звернення: 29.04.2021);
10. Болдирев С.В. Інститут контрасигнації як засіб взаємодії Президента та Уряду України: проблеми та перспективи. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. Вип. 27. 2014. С. 53–61.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі про конституційно встановлену процедуру набрання чинності законом) : Рішення Конституційного суду України від 07.07.2009 р. № 17-рп/2009. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v017p710-09#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Вищої ради юстиції щодо офіційного тлумачення положень абзаців другого, третього пункту 1 частини першої статті 150 Конституції України (справа щодо актів про обрання/призначення суддів на посади та про звільнення їх з посад) : Рішення Конституційного суду України від 27.03.2002 № 7-рп/2002. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-02#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
13. Про порядок офіційного оприлюднення нормативно-правових актів та набрання ними чинності : Указ Президента України від 10.06.1997 № 503/97 *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/503/97#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
14. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України щодо відповідності Конституції України (конституційності) Закону України «Про організацію і порядок діяльності Верховної Ради України» та Регламенту Верховної Ради України : Рішення Конституційного суду України; Окрема думка від 26.11.2009 № 30-рп/2009. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v030p710-09#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
15. Афанасьєва М.В. Доктрина «політичного питання» в українському виборчому праві. *Наукові праці НУ ОЮА*. 2013. С. 206–212. URL: <http://naukovipraci.nuoua.od.ua/archiv/tom13/22.pdf> (дата звернення: 29.04.2021).
16. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13.07.2017 р. № 2136-VIII. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> (дата звернення: 29.04.2021).
17. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 49 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини дев'ятої статті 61, частини третьої статті 105 Закону України «Про вибори народних депутатів України», пункту 3 розділу II «Прикінцеві та перехідні положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про вибори народних депутатів України» щодо виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку партії у багатомандатному окрузі» (справа про виключення кандидатів у народні депутати України з виборчого списку політичної партії) : Рішення Конституційного суду України від 21.12.2017 № 3-рп/2017. *Законодавство України* : база даних / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-17#Text> (дата звернення: 29.04.2021).

НАБЕАС CORPUS ACT У НОРМАХ МІЖНАРОДНОГО ТА УКРАЇНСЬКОГО ЗАКОНОДАВСТВА: ПРОБЛЕМА СПІВВІДНОШЕННЯ

THE HABEAS CORPUS ACT IN THE NORMS OF INTERNATIONAL AND UKRAINIAN LEGISLATION: PROBLEMS OF THE CORRELATION

Байрачна Л.К., к.філос.н.,
доцентка кафедри конституційного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Тільна К.С., студентка II курсу факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Робота спрямована на аналіз процедури Habeas Corpus Act в нормах міжнародного та українського законодавства. Впровадження елементів процедури Habeas Corpus Act мають фундаментальне значення в царині захисту прав затриманого та ув'язненого.

Мета статті полягає в детальному дослідженні міжнародно-правового значення Habeas Corpus Act у розвитку українського законодавства та аналізі впровадження й подальшої реалізації цієї процедури в законодавстві України як процесуальної гарантії захисту права на свободу та особисту недоторканість.

Інститут Habeas Corpus Act, що виник у XII ст. і законодавчо закріпився в Англії у 1679 році, визначав права та гарантії особи, а впровадження елементів цієї процедури стало головним пріоритетом національного законодавства різних країн.

Варте уваги те, що на сучасній території України інститут Habeas Corpus Act був впроваджений нерівномірно і втілений не в буквальному розумінні та з відсутнім дієвим механізмом реалізації. Так, в Австро-Угорській імперії елементи процедури були втілені у Законі про права політичні 1848 р., Законі про охорону особистої свободи 1862 р. та Законі про загальні права громадян королівства і земель 1867 р. У Російській імперії вперше своє закріплення процедура Habeas Corpus Act віднайшла у створенні Совісного суду та прийняттям Судових Статутів 1864 р.

Початок реформування законодавчих актів різних країн світу поклато закріплення Habeas Corpus Act як міжнародно-правової гарантії прав людини. Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року, та Європейська конвенція з прав людини 1950 р. стали важливими міжнародними документами у сфері права людини.

Упровадження інституту Habeas Corpus Act відбулося в Конституції України (статті 29, 24, 55 та 131-2), Законі України «Про безоплатну правову допомогу» від 9 липня 2011 року, Кримінально-процесуальному кодексі у статтях 12 та 52, у статті 8 Кримінально-виконавчого кодексу.

Важливим є офіційне тлумачення ст. 59 Конституції України в рішенні Конституційного Суду України №13-рп/2000 від 16.11.2000 р., рішенні № 1-23/2009 від 30.09.2009 р., рішенні № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р. Висновок Конституційного Суду України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстр. № 1013) поставив крапку в полеміці КСУ щодо надання професійної правничої допомоги.

Отже, закріпленню Habeas Corpus Act у міжнародному законодавстві посприяло впровадження цього важливого інституту захисту прав і свобод людини і в українському. Наразі вдосконалення механізму забезпечення прав людини є пріоритетним для нашої країни.

Ключові слова: habeas corpus act, свобода й особиста недоторканність, законність і обґрунтованість затримання, рівність перед законом, захист прав затриманого та ув'язненого.

The work is aimed at analyzing the procedure of the Habeas Corpus Act in the norms of international and Ukrainian legislation. The implementation of the Habeas Corpus Act is fundamental to protecting the rights of detainees and prisoners.

The purpose of the article is detailed studying of the international legal significance of the Habeas Corpus Act in the development of Ukrainian legislation and analysis of the implementation and further implementation of this procedure in the legislation of Ukraine as a procedural guarantee of protection of the right to liberty and security of person.

Institute of Habeas Corpus Act, which was established in the twelfth century and was legislated in England in 1679 defined the rights and guarantees of the individual, and the implementation of elements of this procedure became the main priority of national legislation of different countries.

It is noteworthy, that in the modern territory of Ukraine the institute of Habeas Corpus Act was implemented unevenly and was not implemented in the literal sense and with no effective implementation mechanism. Thus, elements of the procedure in the Austro-Hungarian Empire were embodied in the Political Rights Act of 1848, the Personal Freedom Protection Act of 1862, and the General Rights of Citizens of the Kingdom and Lands Act of 1867. For the first time in the Russian Empire the procedure of the Habeas Corpus Act found its consolidation in the establishment of the Court of Conscience and the adoption of Judicial Statutes in 1864.

The reforming of legislative acts of different countries has established the Habeas Corpus Act as an international legal guarantee of human rights. The Universal Declaration of Human Rights, that was signed by the UN General Assembly on December 10th, 1948, and the European Convention on Human Rights in 1950, became important international human rights instruments.

The implementation Habeas Corpus Act was introduced in the Constitution of Ukraine (Articles 29, 24, 55 and 131-2), the Law of Ukraine "On Free Legal Aid" of July 9th, 2011, the Code of Criminal Procedure in Articles 12 and 52, and in Article 8 of the Criminal Executive Code.

The official interpretation of Article 59 of the Constitution of Ukraine in the decisions of the Constitutional Court of Ukraine №13-rp / 2000 of 16.11.2000, decision N 1-23 / 2009 of 30.09.2009, and decision № 7-rp / 2013 of 11.07.2013 is important. The conclusion of the Constitutional Court of Ukraine (concerning the abolition of the lawyer's monopoly) (Reg. № 1013) put an end to the CCU's controversy over the provision of professional legal assistance.

To sum up, the establishment of the Habeas Corpus Act in the international law has facilitated the introduction of this important institution of human rights and freedoms protection of in Ukraine. At present, improving the mechanism of human rights is a priority for our country.

Key words: habeas corpus act, liberty and security of person, legality and justification of detention, equality before the law, protection the rights of detainees and prisoners.

Постановка проблеми. Habeas Corpus Act – один з основних конституційних документів Англії, який спростив і впорядкував наявну процедуру отримання судового наказу про попередню доставку затриманої особи до суду для вирішення питання про перебування під вартою. Прийняття Акта в 1679 році ознаменувало

собою появу та закріплення конституційних гарантій прав особистості, низки принципів справедливого та демократичного судочинства. Нормативно-правове закріплення елементів процедури Habeas Corpus Act стало головним атрибутом правових країн світу. За своїм історичним значенням Habeas Corpus Act уперше проголосив низку

важливих принципів неупередженого та справедливого судочинства, заснованих на ідеї недоторканності особи: презумпцію невинуватості, дотримання законності під час арешту, оперативність розгляду судових справ із дотриманням необхідних процедур. Таким чином, прогресивний характер цього документа не може викликати сумнівів, адже його положення свого часу були запозичені для реформування національного законодавства різними країнами світу. Не втративши своєї юридичної сили, елементи процедури Habeas Corpus Act, увійшовши до українського законодавства, підтверджують актуальність урегульованих ними питань, фундаментальне значення у сучасному праві та для правової теорії.

Аналіз останніх наукових досліджень за проблематикою. Такому питанню дослідження розглядуваної гарантії захисту права на свободу та особисту недоторканність, як habeas corpus act, в законодавстві України присвячені праці таких учених, як А. Побережник, К. Серета, О. Кушніренко, Т. Фулей, О. Яновська та інші. Варто зазначити, що проблеми правового регулювання процедури «habeas corpus act» у вітчизняній науці досліджували О. Банчук, А. Бущенко, Л. Лобойко, С. Прилуцький, О. Шило, В. Жидкова, С. Зіманова, В. Зорькіна, В. Філіпова, Ю. Шульженко, С. Чиркіна, а також Маріано Асуела, Сальвадор Тоскано, Франціско Сакро, Мігель Уртадо де ла Мадрид та інші.

Метою статті є дослідження міжнародно-правового значення Habeas Corpus Act у розвитку українського законодавства та здійснення детального аналізу впровадження й подальшої реалізації процедури «habeas corpus act» в законодавстві України як процесуальної гарантії захисту права на свободу та особисту недоторканність.

Виклад основного матеріалу дослідження. Закон «Акт про краще забезпечення свободи підданих та про попередження ув'язнень за морями», ухвалений англійським парламентом 26 травня 1679 року, став вагомим правовим документом того часу для англійського буржуазно-демократичного права. Habeas Corpus Act законодавчо закріпив наявну в Англії з XII ст. практику Habeas Corpus, відповідно до якої арештована особа могла звернутися до суду чи судді для з'ясування підстав позбавлення волі. Назва цього процесуального інституту походить від латинського виразу «habeas corpus ad subjiciendum», що буквально означає «доставити арештованого особисто до суду». На практиці habeas corpus ad subjiciendum став назвою судового наказу про приведення до суду особи, яка утримується під вартою, для з'ясування правомірності його утримання.

Habeas Corpus Act установлював правила арешту та доставки звинуваченого до суду, надавав суду право контролю за правомірністю затримання та арешту громадян. Відповідно до Habeas Corpus Act (за заявою арештованого, в якій він виклав підтвердженні присягою підстави неправомірності свого арешту) суддя зобов'язаний у встановлені строки видати наказ про доставку арештованого до суду для перевірки такої заяви. Суддя мав особисто перевірити заяву в присутності арештованого, мав право звільнити його або ж відправити до в'язниці, встановивши, що особа була арештована правомірно.

Варто зазначити, що Habeas Corpus Act уперше законодавчо закріпив права та гарантії особи, а впровадження елементів цієї процедури стало головним пріоритетом національного законодавства різних країн. Так, у Російській імперії вже у XVIII ст. робилися спроби прийняти інститут Habeas Corpus. Уперше це відбулося зі створенням Совісного суду, який розглядав скарги про незаконні арешти. Однак на практиці був відсутній механізм забезпечення прав затриманого. Так, у 1810 р. один посадовець подав скаргу на те, що його тримали під вартою без допиту протягом трьох днів, однак остаточне рішення в цій справі було прийнято Сенатом лише у 1817 році, тобто через сім

років [1]. Отож, інститут Habeas Corpus Act спочатку був упроваджений на території сучасної України не досить рівномірно, а сама процедура була втілена не в буквальному її розумінні. А через відсутність механізму реалізації забезпечення прав і свобод громадянина процедура мала судо формальний характер.

Проте ситуація змінилася з ухваленням Судових Статутів 1864 р. Ці нормативно-правові документи зобов'язували суд призначати адвокатів «за правом бідності» тим, хто не укладав угоду з ними. Для ведення цивільних справ осіб, що користувалися правом бідності, Радою присяжних повірених призначався присяжний повірений. Обов'язок ведення таких справ, зокрема й кримінальних, уважався однією з найважливіших функцій присяжної адвокатури. Справи мали вестися присяжними повіреними з особливою увагою і найбільш ретельно [2].

Конституційні акти Австрійської (а пізніше Австро-Угорської) імперії закріплювали гарантії особистої недоторканності. Арешт, як зазначалося в ст. 8 Закону про права політичні 1848 р., може мати місце тільки тоді, коли особа була схоплена на гарячому, лише за наявності наказу, виданого судом. Такий наказ мав бути вручений затриманому впродовж 24 годин. Подальші закони, як-от Закон про охорону особистої свободи 1862 р., Закон про загальні права громадян королівства і земель 1867 р., впровадили процедуру Habeas Corpus Act у більшому обсязі. Так, були закріплені порядок та підстави арешту, принцип недоторканності особи, законності арешту, а також установлення відповідальності за порушення відповідних гарантій та прав службовими особами [3]. В Австро-Угорській імперії, як і у всій Європі, виникають ідеї про невід'ємні права людини, дані від народження; про те, що джерело влади – народ, тобто всі люди, а не лише правитель та вищі кола суспільства; про існування нації як вищої форми об'єднання суспільства.

У сучасному світі питання про захист прав людини посідає одне з центральних місць у відносинах між державами. Нині Habeas Corpus Act є однією з основних та найважливіших процедур у системі юридичних процесуальних гарантій прав людини, що забезпечує дотримання права на недоторканність особи та захист від незаконного позбавлення волі. Закріплення цього інституту як міжнародно-правової гарантії прав людини поклало початок реформуванню законодавчих актів різних країн світу. Засадничим міжнародним документом у сфері права людини є Загальна декларація прав людини, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 10 грудня 1948 року. Нині Загальна декларація належить до основних джерел міжнародного права прав людини та є моделлю, яка широко використовується багатьма країнами під час розроблення правозахисних положень національних конституцій та інших актів національного законодавства. Цей документ має величезне значення для українського законодавства. Так, статті розділу II Конституції України «Права, свободи й обов'язки людини і громадянина» так чи інакше відтворюють зміст Загальної декларації прав людини [4]. Що стосується впровадження елементів процедури Habeas Corpus Act, то вони відійшли своє втілення у статтях 29 (право на особисту недоторканність), 24 (рівність перед законом) та 55 (судовий захист порушених прав і свобод) Конституції України, що відповідають статтям 3, 7 та 8 Загальної декларації [5].

Варте уваги те, що процедура Habeas Corpus Act була втілена в українському законодавстві та закріплена в частині 4 статті 29 Конституції України, в якій зазначається, що кожному заарештованому чи затриманому має бути невідкладно повідомлено про мотиви арешту чи затримання, роз'яснено його права та надано можливість із моменту затримання захищати себе особисто та користуватися правовою допомогою захисника. Вищезазначена норма Конституції корелюється зі змістом

ст. 131-2 Конституції України, положеннями ЗУ «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», ст. 20 Кримінально-процесуального кодексу України, а також ст. 213 Кримінально-процесуального кодексу України, де в п. 4 зазначено, що вповноважена службова особа, що здійснила затримання, зобов'язана негайно повідомити про це орган (установу), уповноважений законом на надання безоплатної правової допомоги [6].

Європейська конвенція з прав людини 1950 р., яка була ратифікована у 1997 р., є джерелом конституційного права України та покладена в основу чинного механізму прав і свобод людини.

Серед юридичних гарантій, які мають на меті захист права на свободу і особисту недоторканність, на нашу думку, наявне право «на судовий розгляд, за якого суд без зволікання встановлює законність затримання», що має надзвичайно вагомий значення. Воно гарантує, що повноваження органу влади на втручання в особисту свободу не може бути залишено на виключний розсуд цього органу, а має перебувати під контролем судової влади [7]. Право на оскарження законності затримання в суді, закріплене в частині 4 статті 5 Конвенції, походить з інституту Habeas Corpus англосаксонської правової системи. Право на судовий розгляд у порядку habeas corpus гарантується «кожному, кого позбавлено свободи внаслідок арешту або затримання», тобто стосується всіх випадків «позбавлення свободи» [8]. Судовий контроль за попереднім ув'язненням, який наразі іменують «habeas corpus», імплементований у статті 5 ЄКПЛ. Зазначена стаття у п. 3 встановлює, що кожен, кого заарештовано або затримано згідно з положеннями підпункту «с» п. 1 цієї статті, має негайно постати перед суддею або посадовою особою, якій закон надає право здійснювати судову владу, і має право на судовий розгляд упродовж розумного строку або на звільнення до початку судового розгляду [9]. Однією з найважливіших процесуальних гарантій є право на адвоката. Це закріплено у підпункті «с» п. 2 статті 6 Конвенції, а згодом – у ст. 59 Конституції України: «...Кожен є вільним у виборі захисника своїх прав». Важливим є офіційне тлумачення ст. 59 Конституції України в рішенні Конституційного Суду України № 13-рп/2000 від 16.11.2000 р., рішенні № 1-23/2009 від 30.09.2009, рішенні № 7-рп/2013 від 11.07.2013 р. Висновок Конституційного Суду України (щодо скасування адвокатської монополії) (реєстр. № 1013) поставив крапку в полеміці КСУ щодо надання професійної правничої допомоги.

Ратифікувавши Європейську конвенцію з прав людини, Україна взяла зобов'язання посилити захист прав людини відповідно до положень Конвенції. Так, Конвенцією передбачено право звертатися з проханням про здійснення судочинства в порядку Habeas Corpus. Воно виникає негайно разом з арештом чи затриманням і застосовується тільки впродовж періоду, коли якась особа перебуває під арештом або є затриманою, і не передбачає судового контролю законності позбавлення свободи у минулому. Важливий аспект гарантії Habeas Corpus полягає в обов'язку суду прийняти рішення без зволікання. Відповідний період починається з дати подання заяви (скарги) затриманою особою до суду або до адміністративного органу як передумови доступу до суду. У випадках періодичного автоматичного контролю цей період починається з першого кроку органу, який здійснює тримання під вартою, спрямованого на те, щоб компетентний суд ухвалив рішення про продовження такого тримання [10].

Отже, закріплення процедури Habeas Corpus Act міжнародними нормативно-правовими актами започаткувало реформування національного законодавства України. У Кримінально-процесуальному кодексі, ухваленому 13.04.2012 р., в статті 12 закріплено забезпечення права на свободу та особисту недоторканність. Так, відповідно до цієї норми, під час кримінального провадження ніхто не може триматися під вартою, бути затриманим або обмеженим у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення (тільки на підставах та в порядку, передбачених цим Кодексом (ч. 1 ст. 12)); кожен, кого затримано через підозру або обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення або інакше позбавлено свободи, повинен в найкоротший строк доставлений до слідчого судді для вирішення питання про законність та обґрунтованість його затримання, а у разі, якщо протягом сімдесяти двох годин із моменту затримання їй не вручено вмотивованого судового рішення про тримання під вартою, затримана особа негайно звільняється з-під подальшого тримання (ч. 2 ст. 12); кожен, хто понад строк, передбачений цим Кодексом, тримається під вартою або позбавлений свободи в інший спосіб, має бути негайно звільнений (ч. 4 ст. 12); інші процесуальні гарантії та права затриманої особи. Такі елементи процедури Habeas Corpus Act, як заборона двічі притягувати до кримінальної відповідальності за одне і те саме правопорушення, забезпечення права на захист, доступ до правосуддя та обов'язковість судових рішень, закріплені у статтях 19, 20 та 21 відповідно [11]. Права засудженого визначені у Кримінально-виконавчому кодексі від 11.07.2003 р., у статті 8 зазначено, що засудженні мають право на отримання інформації про свої права й обов'язки, порядок та умови виконання та відбування призначеного судом покарання, на охорону здоров'я, на правову допомогу, що забезпечується адвокатами або іншими фахівцями у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи та інше [12]. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає порядок та умови надання такої допомоги [13].

Відповідно до частини першої статті 52 Кримінально-процесуального кодексу України у кримінальному провадженні щодо особливо тяжких злочинів участь захисника є обов'язковою [11]. Так, захист як вид адвокатської діяльності полягає в забезпеченні захисту прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, засудженого, виправданого, особи, стосовно якої передбачається застосування примусових заходів медичного чи виховного характеру або вирішується питання про їх застосування у кримінальному провадженні, особи, стосовно якої розглядається питання про видачу іноземній державі (екстрадицію), а також особи, яка притягується до адміністративної відповідальності під час розгляду справи про адміністративне правопорушення [14].

Таким чином, закріпленню Habeas Corpus Act у міжнародному законодавстві посприяло впровадження цього важливого інституту захисту прав і свобод людини й у національному. Міжнародне співробітництво України разом з іншими державами відбувається у формі прийняття певних стандартів стосовно змісту правового статусу індивіда та певних зобов'язань дотримуватися цих стандартів у своєму внутрішньому законодавстві й у повсякденній діяльності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Петрухин И.Л. Неприкосновенность личности и принуждение в уголовном процессе. Москва : Наука. 1989. С. 385
2. Марков А.И. Правила адвокатской профессии в России. Санкт-Петербург, 1910.
3. Современные конституции. Сборник действующих конституционных актов: Том 1. Москва : Книга по Требованию, 2013. 642 с. (Современные конституции: Сборник действующих конституционных актов. Конституционные монархии. Т. 1. Пер. под ред. И со вступ.: В.М. Гессен, пр.-доц.; Б.Э. Нольде, доц. Бар. Санкт-Петербург : Кн. Скл. «Право», 1905. 651 с. (репринтная копия).

4. Конституція України від 28 червня 1996 року. *Відомості Верховної Ради*, 1996. № 30. Ст. 141.
5. Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Ст. 3103.
6. Байрачна Л.К., Тільна К.С. Право на правову допомогу як елемент процедури Habeas Corpus Act. *Електронне наукове фахове видання «Юридичний науковий електронний журнал»*. № 9. 2020 р. 371 с.
 1. URL: <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2020-9/9> (дата звернення: 15.04.2021)
7. Трехсель С. Стаття 5 Європейської конвенції з прав людини. Європейська конвенція з прав людини: Основні положення, практика застосування, український контекст / Уклад. і наук. ред. О.Л. Жуковська. Київ : ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. С. 142.
8. Шевчук С.В. Судовий захист прав людини: Практика Європейського суду з прав людини у контексті західної правової традиції. Вид. 3-є. Київ : Реферат. 2010. С. 221.
 9. Серета К. О. Процедура "habeas corpus act": щодо відповідності вітчизняного правового регулювання міжнародним стандартам. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Право*. 2016. Вип. 41(2). С. 177–180. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_41\(2\)_44](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2016_41(2)_44) (дата звернення: 09.04.2021).
10. Трехсель С. Стаття 5 Європейської конвенції з прав людини. Європейська конвенція з прав людини: Основні положення, практика застосування, український контекст / Уклад. і наук. ред. О.Л. Жуковська. Київ : ЗАТ «ВІПОЛ», 2004. С. 143–157.
11. Кримінальний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*: кодекс від 13.04.2012, редакція від 12.05.2016, URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 15.04.2021).
12. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11.07.2003 року № 1129-ІУ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15#Text> (дата звернення: 15.04.2021).
13. Про адвокатуру і адвокатську діяльність: Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. Редакція від 05.01.2017. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 15.04.2021).
14. Про адвокатуру і адвокатську діяльність : Закон України від 05.07.2012 р. № 5076-VI. Редакція від 05.01.2017 URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 15.04.2021).

ДО ПИТАННЯ ПРО ІНСТИТУТ ОСОБИСТИХ НЕМАЙНОВИХ ПРАВ ДІТЕЙ

ON THE QUESTION OF THE INSTITUTION OF PERSONAL NON-PROPERTY RIGHTS OF CHILDREN

Батлук М.В., студент II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Козлова П.Г., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена характеристиці інституту особистих немайнових прав дітей та окремим проблемним аспектам законодавчого закріплення та реалізації цих прав. Так, у статті визначено, що особисті немайнові права дітей становлять невід'ємні права, які виникають щодо немайнових благ, позбавлені економічного змісту та грошової оцінки, тісно пов'язані з особою носія, індивідуалізують її, не передаються і не відчужуються, мають специфічні підстави виникнення та припинення, належать усім батькам і дітям у рівному обсязі, захищаються батьками та регулюються Цивільним та Сімейним кодексами України. Проаналізовано основні ознаки особистих немайнових прав дітей та розглянуто їх особливості. Досліджено міжнародні документи, що регламентують захист прав дітей, зокрема й особистих немайнових. Особливу увагу приділено механізму реалізації закріплених особистих немайнових прав дітей. У статті визначено, що найбільша кількість проблем у реалізації особистих немайнових прав дітей виникає у сфері сімейних відносин. В Україні на часті випадки неналежного виховання батьками своїх дітей звертають увагу і міжнародні організації. В науковій роботі детально проаналізовано питання реалізації дітьми своїх прав у разі розлучення батьків. Розглянуто проблеми неможливості вибору дитиною свого місця проживання та неврахування судами в багатьох випадках думки дитини. Встановлено, що практика Європейського Суду з прав людини використовує в справах про розлучення підхід урахування «якнайкращих інтересів дитини». Аргументовано вказано на недоліки у сучасній правозастосовній практиці та надано пропозиції щодо їх усунення. Охарактеризовано проблеми реалізації дітьми з обмеженими функціональними можливостями своїх особистих немайнових прав. Визначено, що в Україні є потреба в удосконаленні системи законодавчо встановлених гарантій та юридичного, соціального і матеріального їх забезпечення, загальної політики держави.

Ключові слова: права дитини, особисті немайнові права дітей, реалізація особистих немайнових прав дітей, права дітей з інвалідністю, Європейський Суд із прав людини.

The article is devoted to the characteristics of the institution of personal non-property rights of children and some problematic aspects of the legislative consolidation and implementation of these rights. The article defines that the personal intangible rights of children are inalienable rights arising from intangible assets, deprived of economic content and monetary value, closely related to the rights holder, individualize it, are not transferred and are not alienated, have specific grounds of occurrence and termination, belong to all without exception parents and children equally, are protected by parents and are regulated by the Civil and Family Codes of Ukraine. The main features of personal non-property rights of children are analyzed and their features are considered. International documents regulating the protection of children's rights, including personal non-property rights of children, have been studied. Particular attention is paid to the mechanism of realization of the enshrined personal non-property rights of children. The article states that the greatest number of problems in the implementation of personal non-property rights of children arises in the field of family relations. In Ukraine, in particular, international organizations also pay attention to frequent cases of improper upbringing of children by their parents. The research analyzes in detail the issue of realization of children's rights in case of parental divorce. The problems of the child's inability to choose his place of residence and the courts' disregard in many cases for the child's opinion are considered. It has been established that the case law of the European Court of Human Rights uses the approach of taking into account "the best interests of the child" in divorce cases. The shortcomings in the modern law enforcement practice are argued and suggestions for their elimination are given. The problems of realization of their personal non-property rights by children with disabilities are described. It is determined that in Ukraine there is a need to improve the system of legally established guarantees and their legal, social and material support, the general policy of the state.

Key words: children's rights, personal non-property rights of children, the implementation of the of non-property rights of children, the rights of children with disabilities, the European Court of Human Rights.

Постановка проблеми. Одним із важливих питань сучасного суспільства завжди було і є питання прав дитини, їх правового регулювання та належного захисту. Можемо стверджувати, що закріплення прав дитини, їх обсяг та можливості реалізації свідчать про розвиненість та зрілість суспільства загалом та конкретної держави зокрема. Актуальність необхідності дослідження особистих немайнових прав дітей пояснюється так: проголосивши себе незалежною, Україна (як правова держава) має забезпечувати пріоритет загальнолюдських цінностей, визнавати права та свободи особистості. Проте правова регламентація особистих немайнових прав дітей ускладнюється тим, що в чинному національному законодавстві містяться норми, які лише створюють ілюзію самостійної реалізації дитиною наданих їй прав. Саме тому вважаємо за необхідне дослідити норми інституту особистих немайнових прав дітей більш детально.

Аналіз публікацій. Проблеми захисту особистих немайнових прав та особистих немайнових прав дітей присвячено багато наукових праць вітчизняних уче-

них: О.В. Алексеевої, Ю.Ф. Беспалова, І.В. Горіславської, Н.М. Конончука, Н.В. Коробцової, К.Б. Левченко, Т.В. Лобанової, Л.А. Ольховик, О.В. Сингубова, Р.О. Стефанчука тощо.

Метою статті є аналіз норм національного законодавства, які закріплюють особисті немайнові права дітей, визначення їх ознак та особливостей, виявлення проблемних аспектів механізму реалізації цих прав та надання пропозицій щодо їх вирішення.

Виклад основного матеріалу. Як різновид цивільних правовідносин особисті немайнові права становлять певну правову конструкцію, у межах якої реалізуються суб'єктивні права та виконуються суб'єктивні обов'язки. У цивілістичній доктрині дослідженню поняття немайнових прав дитини, на відміну від фізичних осіб взагалі, приділено значно менше уваги. Так, у наукових працях під особистими немайновими правами дитини розуміють природні права, що виникають стосовно немайнових благ, позбавлені економічного змісту та грошової оцінки, тісно пов'язані з особою носія, індивідуалізують її, не пере-

даються і не відчужуються, мають специфічні підстави виникнення та припинення, належать усім батькам і дітям у рівному обсязі, захищаються батьками та регулюються Цивільним та Сімейним кодексами України (далі – ЦК України; СК України). Проте, на думку Синегубова О.В., таке визначення не є повним та не відображає специфічність таких прав, коли, наприклад, дитина є інвалідом [1, с. 71–72]. Також критиці піддається той факт, що деякі науковці визначають ці права як такі, що належать батькам, проте батьки можуть лише забезпечувати та здійснювати захист прав своїх дітей, а не володіти ними.

На нашу думку, під особистими правами дитини потрібно розуміти, реальні права, які отримали законодавче визнання, гарантуються державою і суспільством, основною метою яких є вияв позитивних компонентів особистості, забезпечення її самостійності і неушкодженості, спрямовані на свободу, розвиток соціальних якостей і здібностей.

Ознаки, якими характеризуються особисті немайнові права кожної людини, зокрема й дитини, знайшли своє відображення у статті 269 ЦК України. Це, зокрема, належність таких прав кожній фізичній особі; моментом їх виникнення є народження чи інший юридичний факт, указаний у законі; в них відсутній економічний зміст; вони мають тісний зв'язок із фізичною особою; від них не можна відмовитися або бути позбавленим цих прав; фізична особа довічно володіє цими правами [2]. Н.В. Коробцова виокремлює також такі ознаки немайнових прав, як особистісний характер, наявність особливого об'єкта – нематеріальних благ, їх спрямованість на задоволення фізичних, духовних та інших соціальних потреб [3, с. 121].

Немайнові права дітей, на відміну від майнових, мають абсолютний характер і (відповідно до статті 3 Закону України «Про охорону дитинства» [4]) належать кожній дитині незалежно від раси, кольору шкіри, релігії тощо. Моментом виникнення особистих немайнових прав у дитини за національним законодавством є момент її народження, на відміну від, наприклад, Американської конвенції з прав людини, яка встановлює, що кожна людина може володіти деякими правами навіть із моменту її зачаття [5].

Особливістю особистих немайнових прав дитини є і те, що більшість таких прав має строковий характер, адже дитинством вважається вік від 0 до 18 років. Обмежується можливість захисту цих прав у разі порушення (право на виховання, освіту, вибір місця проживання з одним із розлучених батьків тощо). Деякі особисті немайнові права дитини не припиняються за моменту досягнення повноліття, а зберігаються та набувають іншої форми – особистого немайнового права дорослої фізичної особи.

Л.А. Ольховик поділяє всі особисті немайнові права дітей на дві основні групи:

1) особисті немайнові права, направлені на забезпечення фізичного та психічного благополуччя дитини (життя, здоров'я, сім'я, вибір місця проживання, виховання);

2) особисті немайнові права, направлені на забезпечення соціального буття дитини (право на реєстрацію народження, на індивідуалізацію особи в суспільстві, на освіту) [6].

Закріплені на рівні національного законодавства у ЦК та СК України особисті немайнові права дітей деталізують та розширюють положення Конвенції про права дітей, яку в 1991 році ратифікувала Україна. Незважаючи на закріплення особистих немайнових прав дітей у законодавстві, існують певні проблеми з механізмом їх реалізації.

Варто зазначити, що під механізмом забезпечення прав і свобод слід розуміти комплекс взаємопов'язаних юридичних передумов, нормативних засобів і загально-соціальних умов, які взаємодіють і створюють належні юридичні й фактичні можливості для повноцінного здійснення людиною прав і свобод. Слід також зауважити, що механізм реалізації особистих немайнових прав дітей має

певну специфіку, адже дитина внаслідок своєї фізичної та розумової незрілості не здатна повністю усвідомлювати свої дії та потребує спеціальної охорони.

Найбільшу кількість проблем викликає реалізація прав дитини у сфері сімейних відносин. На законодавчому рівні дитина розглядається як самостійна особистість та суб'єкт права, а одним із її прав є право на батьківське виховання (стаття 152 СК України [7]). Визначити всі його складники не є можливим, адже виховання носить оцінний характер, часто залежить від освіченості, інтелектуального розвитку та матеріального достатку сім'ї, в якій виховується дитина, а отже, «належне виховання» для кожної сім'ї має власне значення [8, с. 131–132]. Незважаючи на суб'єктивне розуміння такого права, є певні детермінанти, за якими можна визначити, наскільки воно ефективно реалізується. До таких можна зарахувати забезпечення дитини водою, їжею, нормальними умовами проживання, поважне ставлення до дитини та любов із боку батьків, рівень розвитку дитини відповідно до її віку тощо. В Україні, на жаль, існує багато випадків неналежного виховання батьками своїх дітей. Про це свідчать звіти моніторингу забезпечення та захисту дітей. ЮНІСЕФ, наприклад, наголошує, що в Україні кількість дітей, які проживають в інтернатних закладах, є найвищою в Європі. Багато українських дітей виховуються в інтернатах через бідність сімей, інвалідність, жорстоке поводження з ними або недогляд [9]. Подібні моніторинги наголошують на тому, що з часу незалежності України зроблена велика кількість позитивних кроків до вдосконалення інституту забезпечення прав дитини. Однак ще не вирішеними залишаються дуже багато питань.

Так, ще однією проблемою у сфері сімейних відносин є наслідки для дитини у разі розлучення батьків. Відповідно до ч. 3 ст. 4 СК України кожна особа має право на проживання в сім'ї, а відповідно до статті 171 цього Кодексу дитина має бути вислухана під час вирішення між батьками, іншими особами спору щодо її виховання, місця проживання, зокрема під час вирішення спору про позбавлення батьківських прав, поновлення батьківських прав, а також спору щодо управління її майном [7]. Однак досить часто думку дитини навіть не питають, а для української судової практики притаманно визнавати «презумпцію на користь матері» в справах щодо догляду за дитиною. Це означає, що суди, вирішуючи справи про розлучення, залишають дитину з матір'ю, окрім «виняткових обставин» (матір має алкогольну чи наркотичну залежність тощо). Таким чином, часто інтереси дитини залишаються осторонь (за цією презумпцією).

Міжнародна судова практика в особі Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) наголошує на іншому. У справі «М.С. проти України» від 11 липня 2017 року ЄСПЛ зазначив, що у справах про розлучення необхідно визначити «якнайкращі інтереси дитини», а не батьків. У кожному конкретному випадку необхідно враховувати дві умови: по-перше, якнайкращі інтереси дитини у збереженні її зв'язків із сім'єю, крім випадків, коли сім'я є особливо непридатною або явно неблагополучною; по-друге, якнайкращі інтереси дитини у забезпеченні її розвитку в безпечному, спокійному та стійкому середовищі [10]. Також ЄСПЛ у справі «Хант проти України» визначив, що права дитини мають перевагу над правами батьків. [11]. Така позиція не означає, що перевага буде надаватися батькові на протигагу «презумпції на користь матері», а лише ставить інтереси дитини на перше місце.

Отже, задля того, аби належним чином реалізувати особисті немайнові права дитини жити і виховуватися в сім'ї та право на спілкування з батьками, необхідно, щоб було реалізовано і право висловлювати свою думку. Розглядаючи справу про розлучення, судові органи з метою забезпечення інтересів дитини мають цікавитися думкою дитини. Однак така практика використовується досить рідко, адже реалізувати це проблематично. В українському законодавстві не вказано перелік

випадків, у яких це має відбуватися, а також те, з якого віку таке висловлення думки дитини буде вважатися доцільним для розгляду судової справи. Після вищезгаданого рішення ЄСПЛ «М.С. проти України» українські суди також почали наголошувати на пріоритеті інтересів дитини [12] та зазначити, що презумпція на користь матері у справах щодо дітей, яку покладено в основу негативного для батька дитини рішення місцевого суду, не підтверджується на рівні ООН [13].

Окремо в темі особистих немайнових прав дітей варто вказати на проблеми, з якими стикаються діти з функціональними обмеженнями. Створення необхідних умов для повноцінного існування дітей з інвалідністю є важливим завданням соціальної політики нашої держави, адже діти-інваліди повністю здійснюють увесь комплекс немайнових прав, що забезпечують їх природне існування. Так, право на життя, здоров'я, освіту, свободу та особисту недоторканність тощо реалізується дитиною-інвалідом на одному рівні з усіма іншими дітьми. Для ефективної реалізації такими дітьми своїх прав держава має створювати центри реабілітації, вдосконалювати систему педіатричної допомоги з метою ранньої діагностики захворювань, надавати технічні та медичні засоби лікування, реабілітації, створювати умови для здобуття дітьми-інвалідами належної освіти тощо. Для України важливим кроком у цій сфері стало впровадження інклюзивної освіти – навчання, побудованого на принципах недискримінації та врахування багатоманітності людини. Така освіта має забезпечувати якісний доступ до навчання дітям з особливими потребами та створювати для них необхідні умови.

Діти є повноправними особистостями у суспільстві та не виступають суто об'єктами батьківської турботи. Вони наділені правами та повинні мати можливості для їх ефек-

тивної реалізації. Ми погоджуємося із О.В. Синегубовим, що сьогодні значна частина норм українського законодавства не має систематизованого та узгодженого характеру, хоч і відповідає Конвенції про права дитини [14, с. 100]. Особисті немайнові права дитини закріплені на законодавчому рівні, але існує багато проблем у їх реалізації. Ефективність та дієвість реалізації особистих немайнових прав дитини залежить від системи законодавчо встановлених гарантій та юридичного, соціального і матеріального їх забезпечення, загальної політики держави.

Вважаємо, що для належного здійснення та захисту особистих немайнових прав дітей в Україні варто переглянути норми, які закріплюють ці права, та вдосконалити механізми їх реалізації; прийняти довгострокові національні програми з метою поліпшення становища дітей, особливу увагу приділяючи реалізації прав дітей з особливими потребами; під час розгляду справ про розлучення рекомендувати суддям враховувати інтереси дітей, залучати психологів для роботи та надавати можливість дитині висловити свою думку. Особливо важливим є також проведення консультацій та тренінгів для батьків про виховання дітей, роз'яснення дітям своїх прав, надання психологічної допомоги батькам та дітям тощо.

Підсумовуючи, зазначимо, що молоде покоління відіграє важливу роль у гарантуванні життєздатності суспільства та прогнозуванні його розвитку. Від дитинства особи багато чого залежить у дорослому житті. Саме тому для захисту прав дитини та здорового дитинства батьки мають створити атмосферу турботи та любові в сім'ї, виховувати дитину належним чином та всебічно сприяти її розвитку, а держава має забезпечити ефективний механізм реалізації прав дитини, надаючи необхідну допомогу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Синегубов О.В. Поняття, зміст та ознаки особистих немайнових прав дітей. *Наше право*. 2013. № 6. С. 71–77. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nashp_2013_6_15
2. Цивільний кодекс України : Закон від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003 р. № 40, стаття 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
3. Коробцова Н.В. Нематеріальні блага як об'єкт цивільного права. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Серія : Юридичні науки*. 2015. Вип. 5 (1). С. 119–122. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2015_5\(1\)_30](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_jur_2015_5(1)_30)
4. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 р. № 2402-III. *Відомості Верховної Ради України* 2001 р., № 30, стаття 142. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>
5. Американская конвенция о правах человека. 22 ноября 1969 г. URL: <https://constituanta.blogspot.com/2011/02/1969.html>
6. Ольховик Л.А. Особисті немайнові права дитини за цивільним законодавством України: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 2006. Харків. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_low/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=ARD&P21DBN=ARD&Z21ID=&Image_file_name=DOC/2006/06olaczu.zip&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1
7. Сімейний Кодекс України : Закон від 10.01.2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002 р., № 21, стаття 135. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>
8. Синегубов О.В. Здійснення особистого немайнового права дитини на належне батьківське виховання та його захист. *Наше право*. 2014. № 1. С. 127–136. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nashp_2014_1_24.pdf
9. ЮНІСЕФ закликає уряд України продовжити реформу деінституціалізації відповідно до Національної стратегії. Unicef Ukraine. 01.02.2021. URL: <https://www.unicef.org/ukraine/press-releases/unicef-urges-government-ukraine-continue-deinstitutionalization-reform-line-approved>
10. М.С. проти України від 11 липня 2017 року. Заява № 2091/13. URL: <https://bh.cn.court.gov.ua/sud2501/pres-centr/news/%20405888/>
11. Хант проти України від 07.12.2006 року. Заява N 31111/04. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_126#Text
12. Постанова КЦС Верховного Суду від 01.04.2020 року у справі № 165/2839/17 URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88707341>
13. Постанова КЦС Верховного Суду від 18.03.2019 року у справі №215/4452/16-ц. URL: https://protocol.ua/ru/postanova_ktss_vp_vid_18_03_2019_roku_u_sprav_i_215_4452_16_ts/
14. Синегубов О. Перспективи розвитку інституту здійснення особистих немайнових прав дітей в Україні. *Юридичний вісник*. 2014. № 3. С. 96–101. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urid_2014_3_19

ЕЛЕКТРОННЕ ГОЛОСУВАННЯ: ПЕРСПЕКТИВИ ВПРОВАДЖЕННЯ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД

ELECTRONIC VOTING: PROSPECTS OF IMPLEMENTATION IN UKRAINE AND FOREIGN EXPERIENCE

Гриньов С.О., студент III курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Закоморна К.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри державного будівництва

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу процесу впровадження електронного голосування в Україні та зарубіжного досвіду в цій сфері. Актуальність цієї проблематики зумовлюється тим, що діджиталізація, зокрема і в сфері голосування, є однією з основних тенденцій сучасного суспільства. Сьогодні впровадження електронного голосування на виборах та референдумах є одним із пріоритетних напрямів державної політики.

У статті розкривається поняття електронного голосування, проводиться аналіз наукових підходів до виділення форм та моделей електронного голосування. Вказується, що найкращим для широкого застосування є поділ форм електронного голосування на дві групи: стаціонарні та дистанційні.

Проводиться перерахування кроків, які Україна вже зробила на шляху до впровадження електронного голосування. Такі кроки включають прийняття нормативно-правових актів та концепцій вищими органами державної влади, законопроектну роботу, а також роботу в цьому напрямі таких відомств, як Міністерство цифрової трансформації та Центральна виборча комісія.

Перелічуються та аналізуються основні переваги та недоліки електронного голосування. До переваг належить легітимність, простота, швидкість, зручність, дешевизна та безпека громадян. Основними недоліками електронного волевиявлення є безпека такої системи та дотримання таємниці голосування. Розглядаються шляхи вирішення таких недоліків на прикладі досвіду провідних країн у цій сфері.

Резюмується, що під час впровадження електронного голосування в Україні буде доцільно перейняти підхід Естонії до проблеми забезпечення таємниці голосування під час онлайн-волевиявлення. В Естонії виборець може проголосувати дистанційно, але якщо він не впевнений, що забезпечено його право на таємницю голосування, то він може проголосувати повторно протягом тижня. В останній день на виборчій дільниці він може проголосувати традиційно, на паперовому бюлетені, і тоді зарахують саме цей голос. Такий алгоритм забезпечує право і на пряме таємне голосування, і на електронне голосування.

Ключові слова: електронне голосування, електронне волевиявлення, е-голосування, е-демократія, діджиталізація.

The article is devoted to the analysis of the process of implementation of electronic voting in Ukraine and foreign experience in this field. The relevance of this issue causes the fact that digitalization in particular in the field of voting is one of the main trends of modern society. One of the main priorities of current state policy is implementation of electronic voting in elections and referendums.

The article defines the concept of electronic voting and analyzes scientific approaches to the classification of forms and models of electronic voting. It is noted that the optimal for widespread usage is the classifying of electronic voting forms into two groups: stationary and remote voting.

A list of steps that Ukraine has already done for the introduction of electronic voting is noted. This list includes enact of normative legal acts and concepts by the supreme bodies of state power and legislation and work of such agencies as the Ministry of Digital Transformation, the Central Election Commission.

The main advantages and disadvantages of electronic voting are noted and analyzed. Advantages includes legitimacy, simplicity, speed, convenience, cheapness and safety of citizens. The main disadvantages are security of this system and observance of the secrecy of a ballot. The solutions of these problems based on experience of leading countries in this area are considered.

It is summarized that it would be expedient to adopt Estonia's approach to the issue of ensuring the secrecy of online voting while implementation of electronic voting in Ukraine. A voter can vote remotely in Estonia. But if voter is not sure that his or her right to the secrecy of the ballot is guaranteed, it is possible to vote again during the week. Voter can vote traditionally at the polling station on a paper ballot on the last day of voting. In this case the last vote is counted. Such algorithm provides the right to direct secret ballot and the right to electronic voting.

Key words: electronic voting, e-voting, e-democracy, digitalization.

Постановка проблеми. Нині всі ми живемо в епоху інформаційного суспільства, під час бурхливого розвитку інформаційних технологій та їх упровадження в усі сфери життя людини. Не є винятком і сфера голосування як основного інструменту демократії у сучасній державі.

Основною тенденцією виборчого процесу зараз є його насичення електронними автоматичними засобами голосування. У зарубіжних країнах вже тривалий час використовується велике розмаїття форм електронного голосування.

Сьогодні впровадження електронного голосування в Україні є одним із пріоритетних напрямів державної політики. Крім того, під час розповсюдження пандемії Covid-19, коли необхідно скоротити кількість соціальних контактів, електронне (дистанційне) голосування стає ефективним інструментом для захисту здоров'я громадян під час проведення виборів.

Проте сфера електронного голосування має безліч нюансів та потенційних проблем, які необхідно розглянути та запропонувати шляхи вирішення.

Аналіз досліджень і публікацій. Значну увагу питанню електронного голосування сьогодні приділяють такі учені, як Я. Турчин, А. Береза, Г.А. Волошкевич, М. Бучин, А. Митко, О.В. Токар-Остапенко, Л.М. Сердюк, О.Ю. Волкович, М.А. Specter, J. Koppel, D. Weitzner та інші. Незважаючи на велику кількість наукових праць у цій сфері, через надзвичайно швидкий темп розвитку цього напрямку постійно виникає потреба в актуальних комплексних дослідженнях.

Метою цього дослідження є огляд основних моделей та форм електронного голосування, його основних переваг та недоліків, проведення аналізу підготовки України до запровадження електронного волевиявлення, а також пошук шляхів вирішення потенційних проблем у застосуванні електронного голосування зі зверненням до зарубіжного досвіду.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні ми можемо почути термін «електронне голосування» із багатьох джерел, включаючи засоби масової інформації. Проте не

кожна людина розуміє, що мається на увазі під цим словосполученням.

Відповідно до Рекомендації Комітету міністрів Ради Європи, електронне голосування, або е-голосування (англ. E-voting), – це поняття, що включає вибори та референдуми, які проводяться за допомогою електронних засобів, хоча б для підрахунку голосів [2].

Нині серед науковців існує багато підходів щодо класифікації форм та моделей електронного голосування. Так, А. Береза виділяє такі види електронного голосування, як голосування через мережу інтернет та електронне голосування в кабінці для виборця [23, с. 155–156]. Ю. Окуньовська зазначає, що у світі електронне голосування реалізується у таких формах, як: голосування на виборчих дільницях за допомогою спеціально встановленого обладнання; голосування за допомогою пересувних електронних урн; голосування за допомогою комп'ютера приєднаного до мережі «Інтернет»; дистанційне електронне голосування за допомогою мобільного телефону або комунікатора [5, с. 114–115].

На нашу думку, найкращою для широкого застосування є класифікація моделей електронного голосування, яку запропонував М. Бучин. За цією класифікацією форми електронного голосування поділяються на дві групи: дистанційні та стаціонарні (безпосередні). До дистанційного голосування насамперед входить інтернет-голосування (онлайн-голосування) та смс-голосування. Найголовнішою ознакою дистанційного голосування є те, що виборець не повинен з'являтися на виборчій дільниці і може голосувати будь-де за допомогою наявних у нього електронних пристроїв. Станом на сьогодні дистанційні форми електронного голосування були впроваджені в таких державах, як Естонія, США, Південна Корея тощо. Стаціонарне електронне голосування вимагає безпосередньої присутності виборця на дільниці під час здійснення волевиявлення. Стаціонарне голосування може бути як повністю електронним, так і бути поєднанням електронного та традиційного способу голосування [7, с. 159–160]. Яскравим прикладом стаціонарного електронного голосування є проведення в Бразилії у 2002 році перших у світі електронних виборів глави держави за допомогою так званих «електронних урн» [8, с. 103].

Нині Україна активно готується до впровадження електронного голосування [9]. З дій уряду випливає, що в Україні буде впроваджено електронне голосування саме у формі інтернет-голосування. Так, в Україні вже було зроблено низку важливих кроків щодо впровадження електронного голосування, а саме:

1. Указом Президента України № 558/2019 одним із пріоритетних завдань забезпечення доступності та зручності електронних послуг для фізичних осіб визначено «започаткування механізму тимчасової зміни місця голосування без зміни виборчої адреси шляхом подання виборцем відповідної заяви в електронній формі, можливості запровадження електронного голосування під час виборів, референдуму» [11].

2. У Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства на 2018–2020 рр. наголошено, що можливість голосувати через Інтернет-мережу підвищить загальну оперативність отримання результатів, полегшить процедуру волевиявлення, дасть можливість скористатися своїм виборчим правом дистанційно і у перспективі дозволить залучити до виборчого процесу більшу кількість громадян, що покращить репрезентативність та якість виборів [13].

У Концепції розвитку електронної демократії в Україні на 2019–2020 рр. та Плані заходів щодо її реалізації заплановане розроблення проекту Закону «Про електронне голосування» [14].

3. Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення виборчого законодавства» від 16.07.2020 [12] було внесено зміни до

Виборчого Кодексу України, які, зокрема, передбачають можливість упровадження інноваційних технологій, технічних та програмних засобів під час організації та проведення виборів у формі проведення експерименту або пілотного проекту.

4. 26.01.2021 Верховною Радою України був прийнятий поданий Президентом України Закон під назвою «Про народовладдя через всеукраїнський референдум». У цьому законі пропонується використовувати новітні технології на етапах ініціювання, організації всеукраїнського референдуму населенням та під час голосування. З цією метою передбачено створення автоматизованої інформаційно-аналітичної системи із забезпечення електронного голосування. Згідно із Законом, питання електронних процедур у процесі всеукраїнського референдуму здійснюватиметься у порядку, визначеному законом щодо застосування інноваційних технологій з електронного (машинного) голосування.

5. 16.07.2020 Верховною Радою України було прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення виборчого законодавства» – запропоновано розширення повноважень ЦВК України у частині можливості проведення виборів із застосуванням електронних технологій [24];

6. У Міністерстві цифрової трансформації нині здійснено важливі кроки:

1) створено робочу групу, яка працює над майбутнім законопроектом;

2) напрацьовано першу концепцію законопроекту від депутатів Комітету цифрової трансформації ВР України;

3) спільно з Міжнародною фундацією виборчих систем проведено дослідження доцільності запровадження нових виборчих технологій в Україні;

4) підготовлено концепцію пілотного електронного голосування на закордонних виборчих дільницях;

5) розробляється проект The Vote, який дасть можливість українцям проголосувати онлайн на виборах у 2024 р. [15, с. 9].

7. ЦВК України:

1) розроблено Стратегічний план на період 2020–2025 рр., виконання якого серед іншого сприятиме створенню умов для запровадження в Україні новітніх виборчих технологій. Стратегічним планом визначено Стратегічну ціль 5.1., яка передбачає аналіз можливості впровадження новітніх технологій у виборчий процес, їх пілотування та впровадження практик, визнаних успішними (часові рамки: 30.07.2020 – 31.12.2025 рр.);

2) організовано роботу з наглядом за реалізацією проекту міжнародної технічної допомоги «Посилення кібербезпеки і прозорості виборчих процесів в Україні» згідно з Планом співпраці між Центральною виборчою комісією та Координатором проектів ОБСЄ в Україні щодо діяльності, пов'язаної з виборами [15, с. 10].

8. Національним координаційним центром кібербезпеки РНБО України за результатами обговорення питання щодо онлайн-голосування наголошено, що впровадження такої ініціативи потребує ґрунтовного підходу – зацікавленим міністерствам і відомствам запропоновано розробити попереднє технічне завдання, модель потенційних загроз та техніко-економічне обґрунтування впровадження онлайн-голосування у виборчий процес в Україні для подальшого всебічного вивчення та обговорення [15, с. 10].

У зв'язку із перспективою впровадження дистанційного електронного голосування в Україні розглянемо основні переваги й недоліки такої системи.

До основних переваг онлайн-голосування слід віднести такі:

1. Легітимність: передусім електронне голосування надає можливість проводити підрахунок голосів без залучення до цього процесу працівників державних установ. Таким чином, результат залежить лише від безперерій-

ного функціонування програмного забезпечення та техніки, а не від чесності чиновників та систем контролю над ними. Україна впродовж багатьох років страждає від низького ступеня довіри до державних інституцій. Тому встановлення системи електронного голосування могло би підвищити довіру населення до результатів виборів та зменшити корупційні ризики.

2. Простота: однією з найбільших переваг онлайн-голосування називають гнучкість і простоту. Теоретично віддати свій голос за наявності електронного паспорта можна буде з будь-якого технічного засобу – мобільного телефона, комп'ютера чи планшета. Процес триватиме лише впродовж кількох кліків, не потрібно буде йти на свою виборчу дільницю і стояти в черзі. Таким чином, імовірно, підвищиться явка на виборах, якщо цей процес відбуватиметься простіше та потребуватиме менше часу.

3. Здешевлення організації виборів: утримувати виборчі дільниці, друкувати бюлетені та підраховувати «вручну» голоси непотрібно. Інвестувати доведеться у створення та подальші оновлення програмного забезпечення. Така стратегія дозволить зробити онлайн-вибори дешевшими за звичайні паперові.

4. Зручний порядок кандидатів: за великої кількості імен паперовий бюлетень стає довжелезним. Тож складно дочитати його до кінця, аби знайти свого кандидата. Створення електронних бюлетенів дозволить гнучко формувати порядок появи того чи іншого кандидата у списку. Програма може формувати їх за принципом випадковості, розміщувати в хаотичному порядку або реагувати на введення перших літер прізвища.

5. Швидкий підрахунок підсумків: до основних переваг впровадження сучасних інформаційних технологій у виборчий процес належить прискорення підрахунку голосів і зменшення помилок під час цього процесу. Такі технології дають змогу використовувати механізми прямої демократії на якісно новому рівні зі значно більшою ефективністю.

6. Захист громадян від інфікування COVID-19: не секрет, що під час поширення пандемії COVID-19 громадянам рекомендують уникати великої кількості соціальних контактів та скупчень людей. Саме такі скупчення утворюються на виборчих дільницях під час проведення стаціонарного голосування. Проте впровадження дистанційних форм голосування може нівелювати ризики інфікування під час здійснення волевиявлення. Так, під час проведення останніх виборів президента США у 2020 році більше 100 мільйонів виборців скористалися голосуванням поштою [10].

Існує й низка недоліків інтернет-голосування, що реально можуть загрожувати процедурі та демократичним засадам голосування. До них відносять:

1. Безпеку – першочерговим завданням під час створення системи онлайн-голосування є гарантування безпечного функціонування програмного забезпечення. Повністю захиститися від комп'ютерних вірусів та хакерських атак майже неможливо. Найменші загрози можуть виявитися небезпечними, коли йдеться про вирішення долі держави. Хакери, імовірно, зможуть віднайти способи, як змінити дані про результати виборів або порушити процес підрахунку. Зважаючи на це, слід розуміти, що під час застосування системи онлайн-голосування необхідно здійснювати перманентний аналіз та роботу з оновлення систем безпеки. Особливо небезпечним є застосування централізованих баз даних, на яких зберігаються результати голосування. Тому деякі фахівці радять створювати систему електронного голосування на базі децентралізованих баз даних (блокчейну), що б унеможливило втручання у виборчий процес та дозволило б реалізувати систему електронного голосування, яка буде відповідати усім вимогам безпеки [16, с. 45].

2. Анонімність – у проведенні голосування на виборчих дільницях у кабінці виборцю гарантовано повну секрет-

ність. Ніхто не має можливості «підглянути» голос. Це, очевидно, стане неможливим під час голосування з особистих гаджетів, що підвищує ризик маніпуляцій [17].

Через існування вищезазначених недоліків необхідно звернути увагу на особливості створення та застосування системи електронного голосування, що були викладені у низці доповідей Венеціанської комісії Ради Європи, присвячених відповідності дистанційних форм голосування стандартам Ради. Комісія визначила п'ять принципів, гармонійних до концепту європейської демократії, що мають бути враховані під час проведення як виборчих кампаній, так і референдумів, а саме: універсальне право голосу, рівне право голосу, свобода права голосу, таємність права голосу та пряме право голосу [18, с. 5]. Тому для забезпечення дотримання цих принципів Венеціанська комісія Ради Європи рекомендує використовувати е-голосування лише за умови, що: система є безпечною, захищеною і надійною; система електронного голосування є прозорою, тобто вона надає можливість перевірки її функціонування; виборці повинні мати нагоду одержати підтвердження свого вибору і виправити його у разі допущення помилки; для полегшення перерахунку голосів у разі конфліктної ситуації може передбачатися процедура роздруккування голосів [19, с. 2].

Так, для того, щоб розробити надійну систему електронного голосування, якій би не були притаманні вищезазначені недоліки, нам необхідно звернутися до досвіду провідних держав світу у цій сфері.

Однією із найбільш успішних країн у напрямі інтернет-голосування та е-демократії є Естонія. У 2000 р. в Естонії було введено електронну ідентифікаційну картку, вона дозволяє контролювати банківські рахунки, подавати декларацію в податкову, користуватись електронним підписом, подорожувати країнами ЄС і віднедавна – брати участь у виборах [20, с. 57–58].

У 2005 році правові засади е-голосування в Естонії були закріплені в низці законів: Законі «Про вибори до Рад місцевого самоврядування»; Законі «Про вибори до Рійгікогу»; Законі «Про вибори до Європейського парламенту»; Законі «Про референдум». Слід відзначити, що нині основним законом, що регулює процедуру електронного голосування в Естонії, є Закон «Про вибори до Рійгікогу», а саме його розділ 7¹. Усі інші вищеперелічені акти містять лише відсилочні норми до цього закону в аналогічних розділах.

Уперше електронне голосування в Естонії відбулося згодом у цьому ж році. Підготовка програмного забезпечення та законодавчих поправок почалася ще в 2001 р., коли, за статистикою, Інтернетом користувалися 32% жителів від 15 до 74 років. До муніципальних виборів 2005 р. країна першою у світі узаконила Інтернет як засіб голосування. Так, у 2005 р. електронним голосуванням скористалися близько 3% громадян (9 тис. виборців), а на парламентських виборах 2011 р. – 20–25% естонців (понад 140 тис., чверть загального числа). На виборах у 2019 році вже половина виборців голосували через Інтернет [21]. Громадяни Естонії, включаючи високопосадовців, знайшли такий метод голосування дуже зручним. Так, наприклад, Президент Естонії Т. Ільвес проголосував через Інтернет під час візиту до Македонії [8, с. 103].

Для того, щоби скористатися можливістю електронного волевиявлення, громадянину Естонії необхідна дійсна ідентифікаційна картка, комп'ютер та завантажена із сайту виборчої комісії програма. Голосування можна прожити 4–6 днів. Особливістю такого голосування є те, що свій вибір можна змінювати скільки завгодно, але в останній день виборчого періоду свій вибір змінювати не можна. Натомість в останній день виборець може віддати свій голос традиційним шляхом – на виборчій дільниці, що зазначено у розділі 7¹ Закону «Про вибори до Рійгікогу» [6].

Сполучені Штати Америки також мають багато досвіду в застосуванні автоматизованих систем волевиявлення. Ще у 1892 році США першими у світі запатентували механізоване обладнання для голосування [19, с. 4]. Сьогодні, через дволанкову систему законодавства в США, організація голосування в кожному штаті суттєво відрізняється. Проте для цієї країни є відкритим питання із забезпечення безпеки електронного волевиявлення громадян. Як зазначає Комітет із розвідки Сенату США, під час проведення виборів 2016 року російські хакери намагалися проникнути у систему щонайменше 18 американських штатів, у зв'язку з чим Комітет рекомендує підвищити безпеку виборчої системи [1].

Нині Сполучені Штати Америки впроваджують інноваційні рішення у сфері безпеки виборчої системи. Так, у 2020 році у штаті Юта були проведені перші в світі вибори президента за допомогою технології блокчейн. Це був пілотний проект, в якому голосування проводилося за допомогою застосунку Voatz, що базується на блокчейні [4]. Однак дослідники Масачусетського технологічного інституту проаналізували досвід застосування цього застосунку та виявили вразливості в його системі. Вони вважають, що, незважаючи на значний розвиток технологій у цій сфері, програмно-незалежні системи голосування із використанням паперових бюлетенів все ще залишаються найбільш безпечним варіантом проведення голосування [3, с. 14–15].

Висновки і пропозиції. Україна вже зробила чимало кроків на шляху до впровадження електронного голосування. Однак це не привід зупинятися, оскільки попереду ще багато роботи для того, щоб електронне голосування в Україні стало реальністю. Легітимність, простота, швидкість, зручність, дешевизна, безпека громадян – це ті переваги електронного голосування, без яких людям у майбут-

ньому важко буде уявити процес волевиявлення. Проте для досконалості системи електронного дистанційного голосування необхідно врахувати та нівелювати її потенційні недоліки. Ми можемо побачити, що навіть в такі розвинені держави, як США, мають проблеми у сфері захисту від незаконного впливу на системи електронного голосування, а тому Україна зобов'язана дуже серйозно підійти до питання безпеки системи електронного волевиявлення.

Частина науковців дотримується думки, що практичне впровадження технології блокчейн підвищить довіру до інформаційних ресурсів та сервісів, зменшить час та накладні витрати, унеможливить втручання у виборчий процес та підвищить надійність збереження інформації та якість процесу волевиявлення [25]. Однак, як показує практика США, одне лише застосування блокчейну під час проведення онлайн-голосування не може повністю забезпечити процес волевиявлення. Необхідно дотримуватися комплексного підходу та нівелювати можливість незаконного втручання у голосування на кожному етапі проведення електронних виборів та референдумів.

Під час запровадження системи електронного голосування в Україні необхідно звернути увагу на підхід Естонії до питання забезпечення таємниці голосування під час онлайн-волевиявлення. В Естонії виборець може проголосувати дистанційно, але якщо він не впевнений, що право на таємницю голосування захищене, він може проголосувати повторно протягом тижня. В останній день на виборчій дільниці він може проголосувати традиційно, на паперовому бюлетені, і тоді зарахують саме цей голос. Такий алгоритм забезпечує право і на пряме таємне голосування, і на електронне голосування [22]. Ми вважаємо, що саме таке вирішення проблеми дотримання таємниці голосування під час застосування електронного дистанційного волевиявлення буде ефективно працювати в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Russian Targeting of Election Infrastructure During the 2016 Election: Summary of Initial Findings and Recommendations / The Senate Select Committee on Intelligence. May 8, 2018. URL: <https://www.intelligence.senate.gov/publications/russia-inquiry> (дата звернення: 06.03.2021).
2. Recommendation Rec(2004)11 of the Committee of Ministers to member states on legal, operational and technical standards for e-voting : Council of Europe URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805dbef8 (дата звернення: 01.03.2021).
3. Michael A. Specter, James Koppel, Daniel Weitzner. The Ballot is Busted Before the Blockchain: A Security Analysis of Voatz, the First Internet Voting Application Used in U.S. Federal Elections. URL: https://internetpolicy.mit.edu/wp-content/uploads/2020/02/SecurityAnalysisOfVoatz_Public.pdf (дата звернення: 04.04.2021).
4. Utah County Makes History With Presidential Blockchain Vote. *Government technology*. URL: <https://www.govtech.com/products/Utah-County-Makes-History-With-Presidential-Blockchain-Vote.html> (дата звернення: 02.04.2021).
5. Окуньовська Ю.В., Денисюк А.В. Електронне голосування як механізм ефективної взаємодії громадянського суспільства і влади. *Сутність та перспективи впровадження електронної демократії в Україні : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., м. Вінниця, 15 листопада 2016 р.* Вінниця, 2016. С. 114–116.
6. Riigikogu Election Act. Passed 12.06.2002. *Riigi Teataja*. URL: <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/ee/510032014001/consolide> (дата звернення: 25.03.2021).
7. Бучин М. Електронне голосування: суть та основні моделі. *Information, communication, society*. 16–18 May 2019, Chiniadiyovo, Ukraine. Чинадійово, 2019. С. 159–160.
8. Митко А. Сучасні тенденції процесуальної І-демократії. *Вісник Львівського університету. Серія філос.-політолог. студії*. 2015. Вип. 6 С. 99–107.
9. Мінцифра активно працює над запровадженням електронних виборів в Україні. *Міністерство та комітет цифрової трансформації* : веб-сайт. URL: <https://thedigital.gov.ua/news/mintsifra-aktivno-pratsyue-nad-zaprovadzhennyam-elektronnikh-viboriv-v-ukraini> (дата звернення: 26.02.2021).
10. More than 100 million Americans voted prior to Election Day. *Fortune*. URL: <https://fortune.com/2020/11/03/early-voting-results-how-many-early-votes-mail-in-ballots-us-election-100-million-covid-19/> (дата звернення: 27.03.2021).
11. Про деякі заходи щодо поліпшення доступу фізичних та юридичних осіб до електронних послуг : Указ Президента України від 29 липня 2019 р. № 558/2019 / Президент України. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/5582019-28853> (дата звернення: 07.03.2021).
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо вдосконалення виборчого законодавства : Закон України від 16 липня 2020 р. № 805-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/805-20#Text> (дата звернення: 09.03.2021).
13. Про схвалення Концепції розвитку цифрової економіки та суспільства України на 2018-2020 роки та затвердження плану заходів щодо її реалізації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 17 січня 2018 р. № 67-р / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/67-2018-%D1%80#Text> (дата звернення: 07.03.2021).
14. Про затвердження плану заходів щодо реалізації Концепції розвитку електронної демократії в Україні на 2019–2020 роки : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 12 червня 2019 р. № 405-р / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/405-2019-%D1%80#Text> (дата звернення: 07.03.2021).
15. Токар-Остапенко О.В. Електронне голосування: перспективи впровадження в Україні. *Національний інститут стратегічних досліджень* : аналітичний матеріал. URL: <https://niss.gov.ua/sites/default/files/2021-02/tokar-1.pdf> (дата звернення: 26.02.2021).
16. Букраба О.М., Мазепа Ф.С., Карнишов К.Р., Яковенко О.О., Кушніренко Н.І. Система електронного голосування на основі технології Блокчейн. *Обробка інформації в складних організаційних системах*. 2018. Вип. 4 (155). С. 41–46.

17. Волкович О.Ю. Перспективи запровадження електронного голосування в Україні як чинника реалізації демократичних засад держави. *Теорія та практика державного управління і місцевого самоврядування*. 2019. № 1. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Ttpdu_2019_1_16 (дата звернення: 26.02.2021).
18. Турчин Я. Світовий досвід у реалізації концептуальних засад електронного голосування. *Гілея: науковий вісник*. 2013. № 73. С. 308–310.
19. Системи електронних виборів: процедури голосування та матеріально-технічні засоби. Міжнародний досвід. *Європейський інформаційно-дослідницький центр*. URL: <http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/28966.pdf> (дата звернення: 25.02.2021).
20. Марочко А.А., Сердюк Л.М. Переваги та недоліки впровадження електронного голосування в Україні: досвід Естонії. *Роль Національної поліції у забезпеченні правопорядку під час проведення виборів ...* : матеріали Регіонального круглого столу. 29 жовтня 2019 р. Дніпро. 2019 С. 57–58.
21. Топалова С. Запуск електронного голосування: корисний досвід Естонії. *LB.UA* : веб-сайт. URL: https://lb.ua/blog/svetlana_topalova/456467_zapusk_elektronного_golosuvannya.html (дата звернення: 19.02.2021).
22. Полякова А. Вибори-2019 на блокчейні: як це працює і чому нам це потрібно. *Економічна правда* : веб-сайт. URL: <https://www.eravda.com.ua/publications/2018/07/19/638824/> (дата звернення: 20.02.2021).
23. Береза А. Сучасні технології голосування. *Наукові записки ІПіЕНД ім. І. Ф. Кураса НАН України*. 2018. Вип. 50 С. 155–160.
24. Проект Закону про внесення змін до деяких законів України щодо вдосконалення виборчого законодавства. *Верховна Рада України: офіційний веб-портал*. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68847 (дата звернення: 27.03.2021).
25. Горбенко І.Д., Кузнецов О.О., Поуляненко М.О., Кіян А.С., Лисицький К.Є., Кандій С.О. Прототипування децентралізованої системи електронного Блокчейн-голосування. *Радіотехніка*. 2020. Вип. 200 С. 122–139.

СПІВВІДНОШЕННЯ ЛОБІЗМУ ТА АДВОКАЦІЇ В КОНТЕКСТІ ЗАКОНОДАВЧОГО РЕГУЛЮВАННЯ

CORRELATION OF LOBBYING AND ADVOCACY IN THE CONTEXT OF LEGISLATIVE REGULATION

Дюжник Д.О., студент II курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Таранов М.А., студент II курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено висвітленню питання впливу громадськості на рішення державної влади за допомогою механізмів лобіювання. Увагу приділено досвіду законодавчого регулювання лобістської діяльності інших країн. Розглянуто історію лобізму та його розвиток як інституту прямої взаємодії суспільства з органами державної влади. Досліджено правову природу лобіювання, надано визначення предмету дослідження, визначено суб'єкти та об'єкти лобістського впливу, вивчено механізми та інструменти такого впливу. Здійснено комплексний аналіз існуючих у світі моделей регулювання відносин лобізму та встановлено, якій моделі відповідає наша країна на сучасному етапі. Проаналізовано досвід законодавчого регулювання лобістської діяльності у Великій Британії та США і встановлено, що континентальна модель регулювання характеризується регламентацією насамперед діяльності посадових осіб, тоді як у США врегульована діяльність лобістів із чітким визначенням їх правового статусу.

Грунтовну увагу приділено вивченню адвокаційної діяльності. Визначено суб'єкти, об'єкти адвокаційного впливу, виділено основні етапи проведення адвокаційної кампанії та її структуру. Проаналізовано механізми адвокації та визначено роль медіапростору як одного з основних механізмів формування суспільної думки з питань законотворення. Особливо розглянуто значення електронних звернень до органів влади в умовах поширення інформаційно-телекомунікаційних технологій. Досліджено співвідношення лобістської та адвокаційної діяльності, виокремлено головні відмінності між ними.

Автори акцентують увагу на вагомому значенні відмінностей понять лобізму та адвокації для законодавчого регулювання такої діяльності, обґрунтовано необхідність такого регулювання з наданням відносної «свободи» для адвокаційної діяльності та вказано на ефективність стратегії саморегуляції таких відносин. Встановлено значення євроінтеграційного курсу України у розбудові інституту лобістської діяльності. Вивчено найважливіші законодавчі ініціативи останніх років з регулювання суспільних відносин, пов'язаних із лобіюванням та адвокацією, виокремлено головні недоліки та способи їх усунення. Вказано на необхідність розмежування явища лобізму та адвокації на законодавчому рівні. Зазначено про важливість проведення просвітницьких кампаній для формування позитивного ставлення суспільства до лобізму.

Ключові слова: лобізм, парламент, адвокація, представництво інтересів, лобіювання, лобістська діяльність, адвокаційна діяльність.

The article is devoted to the issue of public influence on the decisions of public authorities through lobbying mechanisms. Attention is paid to the experience of legislative regulation of lobbying activities of foreign countries. The history of lobbying and its development as an institution of direct interaction of society with public authorities is considered. The legal nature of lobbying is studied, the subject of research is defined, the subjects and objects of lobbying influence are determined, the mechanisms and tools of such influence are studied. A comprehensive analysis of the existing models of lobbying in the world has been carried out, and it has been established which model our country corresponds to at the present stage. Analysed the experience of legislative regulation of lobbying in the UK and the USA. Established that the continental model of regulation is characterized by regulation, primarily, of officials, while in the USA regulates lobbying is characterized with a clear definition of their legal status.

Thorough attention is paid to the study of advocacy. The subjects, objects of advocacy influence are defined, the main stages of conducting the advocacy campaign and its structure are singled out. The mechanisms of advocacy are analysed. The role of the media space as one of the main mechanisms of forming public opinion on legislation is determined. The importance of electronic appeals to the authorities in the context of the development of information and telecommunications technologies is considered separately. The ratio of lobbying and advocacy activities is studied, the main differences between them are highlighted.

The authors emphasize the importance of differences between the concepts of lobbying and advocacy for the legislative regulation of such activities, substantiate the need for such regulation with the provision of relative "freedom" for advocacy and point to the effectiveness of self-regulation strategy. The significance of European Integration of Ukraine course in the development of the institute of lobbying has been established. The most significant legislative initiatives of recent years to regulate lobbying and advocacy have been studied, the main shortcomings and ways to eliminate them have been identified. The need to distinguish between the lobbying and advocacy at the legislative level is pointed out. The importance of conducting educational campaigns for the formation of a positive attitude of society to lobbying is noted.

Key words: lobbyism, parliament, advocacy, representation of interests, lobbying, lobbying activities, advocacy activities

Політико-правова дійсність сучасної України характеризується інституційними змінами: виокремлюється громадянське суспільство як вагомий елемент впливу на державну владу, відбувається становлення якісно нових демократичних інститутів, імплементація європейського досвіду регулювання суспільних відносин. За таких умов важливим видається питання впливу громадськості на рішення державної влади. Нерозробленість цієї тематики приводить до неоднозначного ставлення суспільства до лобізму, а також недооцінення значення адвокаційної сфери для ефективної діяльності органів публічної влади.

Вивченню теоретичних та практичних аспектів явища лобізму та адвокації присвятили роботи багато вітчизняних учених, таких як: О.В. Дягілев, О.Г. Кушніренко, О.О. Одінцова, В.Ф. Нестерович, О.В. Прокопенко та інші.

Водночас питанням співвідношення лобізму та адвокації, а також практичному значенню цих відмінностей присвячено недостатню кількість робіт.

Метою статті є визначення понять «лобізм» та «адвокація», аналіз, співвідношення цих понять, вивчення практичного значення їх співвідношення для регуляції суспільних відносин у визначених сферах.

Очевидно, що суб'єкти, наділені державною владою, впливають на життя громадян, встановлюючи законодавчі обмеження або ухвалюючи будь-які управлінські рішення. Зі свого боку громадяни та їх об'єднання прагнуть вплинути на процес ухвалення управлінських рішень, відстоюючи свої інтереси. Класичні форми народовладдя, як-от вибори, не передбачають такого механізму, тому виникає нове політико-правове явище – лобізм. Сьогодні лобізм –

це невід’ємна частина сучасної плюралістичної демократії. Розвиток лобізму трансформує всю демократичну систему у бік представництва інтересів, а сам лобізм стає важливим механізмом розроблення та ухвалення державно-владних рішень [1, с. 42].

Вперше слово “lobby” виникло у XVI столітті, а його лексичне значення полягало у назві місць для прогулянок у монастирях, що мали колосальне політично-економічне значення для тогочасного суспільства, адже саме церква була центром торгівлі, освіти, політики, культури тогочасної Європи та міцно поєдналася з феодалною системою. Саме церква дала Європі систему університетів, сприяла розвитку культури та мистецтв, створила систему канонічного права [2, с. 10–13]. Політичне забарвлення це поняття отримало у XIX столітті та позначало купівлю голосів конгресменів за гроші у конгресі США [3, с. 95].

Особливого розвитку лобізм набув з початком активного економічного зростання у США у другій половині XIX століття. Прискорення економічних процесів та фактична відсутність унормованих правил здійснення діяльності призвели до протистояння приватних та державних інтересів [4, с. 55].

Зміни структури суспільства та виокремлення нових груп суспільних інтересів призвели до виникнення нових соціально-економічних умов, за яких класична електорально-партійна система не могла репрезентувати інтереси суспільства у повному обсязі, тому значення лобізму як інституту прямої взаємодії суспільства з органами державної влади, необхідного для існування сучасних демократичних суспільств, суттєво зростає [5, с. 147].

У сучасному вимірі лобізм не є суто правовим явищем, тому визначення поняття різняться залежно від науки, що займається його вивченням. Правове визначення лобізму сформульовано О.О. Одінцовою, на її думку, лобізм – це, по-перше, сукупність норм, що регулюють процес впливу суб’єктів лобістських правовідносин на органи державної влади з метою задоволення своїх інтересів, а по-друге, невід’ємний інститут сучасного правового життя держави, що допускає активну діяльність учасників правовідносин щодо відстоювання своїх інтересів на різних рівнях влади з використанням не заборонених законом форм і методів [6, с. 7].

Водночас В.Ф. Нестерович розуміє лобізм як процес легітимного впливу на чітко визначені законом органи влади, а також на їх посадових і службових осіб з боку зареєстрованих та акредитованих у встановленому порядку осіб із метою закріплення власних інтересів чи інтересів третіх осіб (замовників) у нормативно-правових актах, що приймаються [7, с. 58].

Смислове наповнення терміна «лобізм» зазнало істотних змін з часу виникнення і зараз вітчизняними науковцями розуміється насамперед як інститут легітимного впливу заінтересованих осіб на органи державної влади з метою відстоювання своїх інтересів у процесі прийняття державно-владних рішень з використанням чітко визначених законом форм та методів.

Такий вплив здійснюється на визначені об’єкти – органи державної влади, у компетенції яких знаходиться відповідна сфера, вищі органи виконавчої та законодавчої влади, органи місцевого самоврядування. Діяльність лобістів у парламенті є достатньо відкритою та конкурентною через змагальність політичних сил, представлених у ньому. Основними об’єктами впливу є парламентські структури, як-от профільні комітети, погоджувальна рада голів депутатських фракцій, парламентські партії та фракції, апарат парламенту. Вищі органи виконавчої влади зазвичай є суб’єктами законодавчої ініціативи, тому їхня діяльність також знає лобістського впливу [8, с. 37].

Суб’єктами здійснення лобізму є фізичні та юридичні особи, які, власне, здійснюють вплив. Український лобізм має внутрішньокорпоративну структуру [3, с. 59]. Тому

в Україні фактично не існує прошарку професійних лобістів, чому сприяє і відсутність регулювання цієї галузі, натомість групи інтересів лобіюють вигідні для себе рішення напряму у органах влади, просуваючи на державні посади та до парламенту лояльні кадри.

У науковій літературі поширено розмежування двох моделей лобізму: англосаксонської та європейської. Така дихотомія має досить умовний характер, а в основу поділу закладено принцип законодавчого врегулювання зазначеного явища. Так, континентальна модель регулювання відносин лобізму характеризується переважним регулюванням діяльності не груп інтересів чи лобістів, а об’єктів лобістського впливу – політиків та державних службовців [8, с. 35]. Законодавець часто або обмежується добровільними системами регуляції, як-от Франція та Данія, або взагалі покладається на морально-етичну складову частину роботи лобістів, як-от у Великій Британії, Японії [9, с.15] Варто зазначити, що хоча Велику Британію і відносять до англо-американської правової сім’ї [10, с. 13], та у питанні регулювання лобізму вона наближена саме до континентальної моделі: законодавець врегулював дії державних службовців та політиків, а не лобістів [11, с. 48].

Особливої уваги заслуговує досвід регулювання зазначених відносин у США. Федеральний закон «Про регулювання лобізму» було ухвалено Конгресом 1946 року, яким на осіб, що здійснюють лобіювання, покладається обов’язок реєстрації у парламенті [4, с. 56]. Характерною ознакою регулювання відносин лобізму для США є чітка визначеність правового статусу лобістів, жорстке законодавче регулювання, закріплення триланкової системи впливу «клієнт – професійний лобіст – орган влади». Законодавець регулює насамперед діяльність лобістів, ухвалюючи для цього єдиний акт [8, с. 35]. Сучасний закон «Про розкриття лобістської діяльності» регламентує лобістську діяльність як у законодавчій, так і у виконавчій владі та характеризується розгорнутим понятійним апаратом, покладає на лобістів обов’язок реєстрації та подання щоквартальної звітності, передбачає санкції за порушення вимог закону [4, с. 57]. Система регулювання лобістської діяльності у США є детально регламентованою та носить обов’язковий характер.

В Україні відносини, пов’язані з лобізмом, врегульовані недостатнім чином. Вітчизняний досвід регулювання обмежується загальними вимогами до взаємодії уповноважених осіб із громадськістю, як-от Закон України «Про звернення громадян», Закон України «Про комітети Верховної Ради України», Закон України «Про статус народного депутата України», Закон України «Про Кабінет Міністрів України», Закон України «Про місцеве самоврядування в Україні», Закон України «Про статус депутатів місцевих рад» тощо. У цьому аспекті наша країна тяжіє до континентальної моделі лобізму [11, с. 56]. Зазначені акти регулюють насамперед питання, пов’язані з публічними проявами лобізму, які мають окреме визначення – «адвокація».

Розвиток адвокатури в Україні відбувається здебільшого за участі закордонного бізнесу, що призводить до поєднання в Україні різних світових практик взаємодії з органами влади, за відсутності закріпленої законом системи регулювання. На нашу думку, найбільш повно розкриває термін «адвокація» (з англ. advocacy – адвокаті, адвокатування) О.В. Прокопенко, визначивши адвокату як діяльність окремих осіб або організованих груп, яка має на меті здійснення впливу на громадську політику та рішення політичних, економічних і соціальних інституцій для представництва і захисту прав та інтересів цих осіб або груп [12, с. 6]. Виходячи з цього визначення, можна зробити висновок, що поняття «адвокація» є ширшим за «лобіювання». Лобіювання є одним із видів представлення інтересів та може виступати як окремий етап адвокаційної кампанії, що має проєктний характер, зумовлений конкретною ситуацією.

На відміну від лобіювання, вплив в адвокації відбувається не тільки через органи державної влади, а також й інші механізми: інформаційні компанії, публічні акції, проведення досліджень, петиції тощо. Особливе місце серед механізмів впливу в адвокації посідає вплив за допомогою медіа-простору, який проявляється як у моніторингу, так і в безпосередньому впливі на інформаційний простір. Висвітлення необхідних питань у медіапросторі формує думку суспільства та може сформувавши запит на зміни у законодавстві [12, с. 70].

Важливим інструментом такого впливу є петиції до органів влади. Закон України «Про звернення громадян» надає можливість громадянам звертатися до Президента України, Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України та органів місцевого самоврядування [13]. Е-петиції виявилися досить вдалим механізмом, оскільки вони впроваджують механізм зв'язку між громадянами та суб'єктом владних повноважень. Робота з е-петиціями формує позитивний досвід діалогу громадян та влади, який поступово стає звичною практикою та сприяє належним способом підкріпленню адвокаційної кампанії [14, с. 2–3], дозволяє показати владі значущість предмету адвокації для суспільства.

Для розуміння структури адвокаційної діяльності необхідно розглянути її складові елементи. Об'єктом адвокаційного впливу є органи державної влади, в першу чергу вищі органи законодавчої та виконавчої влади, органи місцевого самоврядування. Виходячи з характеристик принципу Верховенства Права, судова влада має бути незалежною у своїй діяльності і повинна не лише формально слідувати законам, а і виходити з природного права [10, с. 28–29], та вона, на наш погляд, не може стати інструментом просування певних інтересів, а отже, і суб'єктом будь-якого, навіть адвокаційного впливу.

Суб'єктами адвокації є фізичні або юридичні особи, які формують, просувають та захищають суспільні інтереси у відносинах із відповідними органами влади з метою впливу на їх рішення [12, с. 15]. Сьогодні під «суб'єктом адвокації» розуміють добросовісного фахівця, який представляє інтереси суспільства. Таке тлумачення забезпечується існуванням адвокаційної етики, головним принципом якої є захист інтересів різних суспільних груп через публічне обговорення.

Для досягнення поставленої мети суб'єкти адвокації мають ретельно планувати кампанію. Адвокаційна кампанія – це комплекс заходів, що сконцентрований довкола певної соціальної проблеми та повинен їх вирішити за допомогою відповідних механізмів впливу. Здійсненням адвокаційної кампанії можуть займатися як фахівці з цієї сфери, так й ініціативні групи громадян, громадські та благодійні організації тощо. Проте для ефективного проведення кампанії необхідна активна взаємодія між вказаними суб'єктами [15, с. 5].

Успішність результату адвокаційної кампанії залежить від вибору інструменту впливу. Важливе місце серед інструментів адвокації посідає правовий метод, а саме: подання інформаційних запитів, скарг, пропозицій, звернення до суду. Правовий метод захисту суспільних інтересів будується на принципі прозорості та врахування громадської думки, який передбачає обов'язковий розгляд регуляторними органами ініціатив та пропозицій, наданих у встановленому законом порядку фізичними та юридичними особами [15, с. 27–32].

Досвід правового регулювання відносин лобіювання та адвокації на європейському континенті показує дієвість стратегії саморегуляції. Професійна асоціація лобістів могла би стати дієвим механізмом забезпечення дотримання високих етичних стандартів у процесі здійснення такої діяльності. Сьогодні в Україні функціонує Українська асоціація професіоналів у сфері GR та лобізму, яка об'єднує близько 70 членів. Діяльність асоціації спрямо-

вана на захист прав лобістів, комунікацію з органами державної влади, комунікацію зі ЗМІ [16]. Проте за фактичної відсутності законодавчого регулювання можливості асоціації обмежені.

З усього вищезазначеного випливає, що лобізм є однією з форм адвокації. Адвокація – це насамперед вплив на громадську думку з метою захисту загальних, суспільних інтересів. Суб'єкт адвокаційної діяльності прямо не виграє від ухвалення бажаного рішення. Тим часом кінцевою метою лобістської діяльності є конкретне позитивне рішення, що прямо впливає на замовника таких послуг. Вагомими елементами адвокаційних кампаній є різноманітні демонстрації, конференції, публічні заходи, публікації у ЗМІ, медіа-кампанії, судові позови, тим часом як лобістська діяльність включає в себе неформальні контакти з уповноваженими особами, персональні листи, звернення, телефонні розмови [17, с. 5]. Водночас варто зазначити, що, здійснюючи лобістський вплив, часто використовують елементи адвокаційних кампаній, як-от публікації у ЗМІ, публічне обговорення, тощо.

Саме явище лобізму є багатоплановим та охоплює широкий спектр суспільних відносин, а отже, необхідний комплексний підхід під час вироблення законодавчого регулювання зі внесенням змін до всіх супутніх законів, ефективне регулювання лобістської діяльності має будуватися на єдиній концептуальній основі. Необхідність регулювання зазначених відносин впливає з рівня інтеграції лобістів у політичну систему країни, за відсутності визначених правил ведення такої діяльності виникають негативні прояви, корупційні ризики. Отже, відсутність законодавчого регулювання лобістської діяльності не виключає існування таких відносин, а лише зумовлює тінювий (часто з порушенням існуючих законів) їх характер. Крім того, 2014 року, підписавши Угоду про асоціацію з Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, Україна взяла на себе зобов'язання сприяти процесу інституційної розбудови, серед іншого, лобістської діяльності [18]. Цей факт, а також загальний євроінтеграційний рух України із визначенням такого курсу в Конституції [19], на наш погляд, зумовлює необхідність регулювання відносин лобізму саме за зразком країн-членів ЄС. Американська ж модель регулювання, хоча і є найбільш збалансованою та прозорою, проте збудована у рамках іншої правової сім'ї, що зумовлює доктринальні відмінності правозастосування.

Як вже було зазначено, незважаючи на існування відносин лобізму, про що свідчить навіть існування професійної асоціації, у вітчизняному законодавстві ця сфера врегульована недостатньо. У 2020 році до Верховної Ради України було подано проект Закону «Про державну реєстрацію суб'єктів лобіювання та здійснення лобіювання в Україні» №3059, а також три альтернативні законопроекти. Жоден із запропонованих законопроектів не було рекомендовано Головним науково-експертним управлінням Апарату ВРУ, до кожного проекту висловлено зауваження [20, 21, 22, 23].

За відсутності законодавчої бази не існує й офіційного визначення понять «лобізм» та «адвокація». Незважаючи на декілька законопроектів щодо регулювання лобізму, жоден так і не було ухвалено, а одним із головних їх недоліків є відсутність поділу лобістської та адвокаційної діяльності. У законопроектах № 3059-2 та № 3059-3 визначено термін «адвокація», проте запропоноване визначення знало критики, оскільки в ньому адвокація виступає як діяльність громадських об'єднань, що не впливає на нормотворчу діяльність суб'єктів владних повноважень. Тому згадка про адвокацію в запропонованому визначенні виглядає недоречно в законопроекті про лобізм [24].

З огляду на зауваження, вказані науково-експертним управлінням, а також на відмінність вищезазначеного «лобізму» та «адвокації», що досліджена у цій роботі, можна сфор-

мувати загальні вимоги до законопроекту. Так, під час створення регулювання необхідно розмежувати явища лобізму та адвокації. Лобізм потребує конкретизованого регулювання, з чітким визначенням статусу суб'єктів лобістської діяльності, вироблення вимог до несумісності та обмеження на зайняття такою діяльністю, визначення кола об'єктів впливу, вироблення вимог до посадових осіб та органів влади загалом. Важливим видається вироблення механізму забезпечення відкритості діяльності лобістів, що може реалізуватися через ведення реєстру таких осіб. Водночас суб'єктам лобістської діяльності мають надаватися переважні права (наприклад, доступ до приміщень органів влади у встановленому порядку) щодо тих, що вже мають усі громадяни України та які вже врегульовані існуючими нормативно-правовими актами, що повинно стимулювати реєстрацію та відкритість діяльності лобістів.

Водночас права лобістів та обов'язки посадових осіб органів влади мають кореспондувати між собою, а регулювання відносин лобізму не має обмежувати право на участь в управлінні державою громадського сектору, не повинно створюватися додаткових вимог та обмежень для суб'єктів громадянського суспільства [25], адже їхня діяльність вже достатньо врегульована в рамках існуючих НПА та скоріше є адвокацією, однією з форм якої виступає лобювання, та адвокація, яка є повністю публічним процесом, спрямована насамперед на захист громадських, суспільних чи професійних груп, її визначення в рамковому законі, що регулює лобістську діяльність, є необхідним для захисту та запобігання обмежень взаємодії суспільства з органами влади. Необхідно окреслити сферу дії норм рамкового закону, зазначивши, що норми цього закону не поширюються на діяльність неурядових громадських організацій, суспільних чи професійних груп, які мають передбачене іншими законами право на участь у формуванні політики держави [22]. Визначити перелік суб'єктів адвокації та відмежувати лобістську діяльність від адвокаційної, у такий спосіб не створюючи загрози для розповсюдження дії

закону про регулювання лобістської діяльності на громадський сектор, зберігаючи право на захист суспільних інтересів шляхом адвокаційної кампанії.

Регламентация лобістської діяльності неодмінно буде врегульовувати певні відносини інакше, ніж це вже зроблено в існуючих законах [25], тому необхідно забезпечити узгодження вимог нового та вже існуючих законів задля усунення колізійності норм.

Варто зазначити, що у суспільстві сформовано скоріше негативне ставлення до лобізму, який часто асоціюється з підкупом, порушенням суспільних інтересів, незаконним тиском [26, с. 43], а отже, також вбачаємо необхідним проведення адвокаційної та просвітницьких кампаній, що мають передувати врегулюванню відносин лобізму.

Висновок. Отже, існування відносин лобізму є об'єктивним явищем дійсності, лобісти глибоко інтегрувалися у політичну систему України, а отже, такі відносини потребують законодавчого регулювання. Регулювання адвокації як публічного явища та одного з механізмів участі громадськості у законотворенні має характеризуватися відносною «свободою», в той час як лобізм має врегульовуватися більш детально, що зумовлено особливим конституційно-правовим статусом об'єктів лобістського впливу. Хоча в рамках адвокаційної кампанії можливе використання механізмів лобізму, та доки діяльність громадського сектору не переходить до безпосереднього впливу на органи влади, їхня діяльність є публічною та не потребує подальшого врегулювання, водночас вбачається необхідність регламентації саме лобістської діяльності з чітким її відмежуванням від адвокаційної. Регулювання сфери лобізму має відбуватися в рамках континентальної традиції, з регулюванням насамперед діяльності посадових осіб, із забезпеченням максимальної відкритості спільноти лобістів. А існуючі законопроекти потребують доопрацювання з метою захисту прав громадських формувань, адже нині прийняття будь-якого з них може обмежити їхні права на участь у формуванні державної політики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вигovskyй Д.С. Суть лобізму як категорії політичної науки. *Українська національна ідея: реалії та перспективи розвитку*. 2008. № 20. С. 42–48.
2. Thomas E. Woods. *How the Catholic Church Built Western Civilization*: Simon and Schuster, 2005. 280 с.
3. Самойленко О.О. Запровадження європейської моделі лобістської діяльності в Україні. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського*. Серія: *Державне управління*. 2020. № 4. С. 94–99.
4. Яровой Т.С. Становлення законодавчого регулювання лобізму в США як приклад для України. *Аспекти публічного управління*. 2019. № 1–2. С. 53–60.
5. Самойленко О.О. Можливість запровадження американської моделі лобістської діяльності в Україні. *Публічне управління та митне адміністрування*. 2020. № 2 (25). С. 146–151.
6. Одіноцова, О.О. Правове регулювання лобізму в сучасній Україні (загальнонотеретичне дослідження) : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : 12.00.01. Одеса, 2008. 21 с.
7. Нестерович В.Ф. Основні підходи до визначення поняття «лобіювання». *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е. О. Дідоренка*. 2010. № 1. С. 50–58.
8. Лубінець Д.В. До питання про типологію українського лобізму. *Політикус : наук. журнал*. 2019. № 4. С. 34–40.
9. Базілевич Д.С., Нестерович В.Ф., Федоренко В.Л. Інститут лобювання в Україні та за кордоном: походження, проблеми, перспективи розвитку: науково-інформаційне видання. Київ, 2015. 111 с.
10. Велика українська юридична енциклопедія : у 20 т. / гол. ред. О.В. Петришин. Харків : Право, 2017. Т. 3. 952 с.
11. Кушніренко, О. Г. Політико-правовий інститут лобізму: досвід нормативного регулювання країн Євросоюзу та шляхи легалізації в Україні. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2010. Вип. 19. С. 46–56
12. Прокопенко О.В. Адвокаційна діяльність та некомерційне лобювання в Україні: посібник. Київ, 2017. 82 с.
13. Про звернення громадян : Закон України від 02 жовт. 1996 р. № 393/96-ВР. *Голос України*. 1996. 22 жовт.
14. Хуткий Д. Е-петиції в Україні: формування народного порядку денного: аналітична записка. Київ, 2017. 8 с.
15. Навроцький В.В., Менджул М.В. Кампанія адвоката як інструмент демократичних перетворень : навч. посіб. Ужгород : Видавництво Олександрі Гаркуші, 2011. 59 с.
16. Українська Асоціація професіоналів у сфері GR і лобістів: веб-сайт. URL: <https://grukraine.com.ua> (дата звернення: 22.03.2021)
17. Huub Sloot and Mariken Gaanderse. *Guidelines on lobby and advocacy*. Drukkerij Roos en Roos. 2010. 52 p. URL : https://lastradainternational.org/lisidocs/guidelines_on_lobby_and_advocacy.pdf (дата звернення: 25.01.2021)
18. 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 верес. 2014р. № 1678-VII. *Голос України*. 2014. 17 верес.
19. Конституція України : станом на 1 верес. 2016 р. / *Верховна Рада України*. Харків : Право, 2016. 82 с.
20. Закон про державну реєстрацію суб'єктів лобювання та здійснення лобювання в Україні № 3059 : проект від 11.02.2020 . URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68128 (дата звернення: 27.01.2021)
21. Закон про лобізм №3059-1: проект від 28.02.2020 . URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68265 (дата звернення: 27.01.2021)

22. Закон про правове та прозоре регулювання діяльності з лобіювання №3059-2 : проект від 02.03.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68275 (дата звернення: 27.01.2021)

23. Закон про лобістську діяльність №3059-3 : проект від 03.03.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68279 (дата звернення: 27.01.2021)

24. Висновок Головного науково-експертного управління на Проект Закону «Про правове та прозоре регулювання діяльності з лобіювання» №3059-2 від 03 серп. 2020 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68275 (дата звернення: 27.01.2021)

25. Висновок Головного науково-експертного управління на Проект Закону «Про державну реєстрацію суб'єктів лобіювання та здійснення лобіювання в Україні» №3059 від 12 трав. 2020 URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68128 (дата звернення: 27.01.2021)

26. Тодика О.Ю. Лобізм і народовладдя: конституційно-правовий аспект. *Проблеми законності*. 2007. Вип. 86. С. 41–49.

**КОНСТИТУЦІЙНІ РЕФОРМИ В ТУНІСІ ТА ЄГИПТІ:
ПЕРЕДУМОВИ ТА НАСЛІДКИ****CONSTITUTIONAL REFORMS IN TUNISIA AND EGYPT:
PREREQUISITES AND CONSEQUENCES****Закоморна К.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри державного будівництва***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого***Чуйко В.О., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена дослідженню демократичних змін, що відбулися в Тунісі та Єгипті в умовах революційних подій «Арабської весни». Розглянуто конституційні реформи, що відбулися у Тунісі та Єгипті внаслідок масового невдоволення та демонстрацій з боку суспільства проти панування десятирічних консервативних політичних режимів. Зокрема, революційні події сприяли поєднанню традиційних абсолютистських і нових демократичних політичних режимів, закріпленню на конституційному рівні нового співвідношення політичних сил, проголошенню ісламістського курсу держав та утвердженню широкого кола прав та свобод громадян. Поправки до Конституцій стосувалися головним чином співвідношення релігії та закону, політичного режиму держав, системи прав і свобод громадян. Так, Конституція Тунісу вперше проголосила рівність прав чоловіків та жінок, захист «досягнутих жінками прав» та їх підтримку. Туніс – одна з небагатьох арабських країн, які на конституційному рівні закріпили пріоритет міжнародних договорів та міжнародних норм насильства щодо жінок. У фокусі статті також знаходяться положення Конституцій Єгипту 2012 та 2014 років, які визначили політичні та ідеологічні межі розвитку держави, проведено їх порівняльний аналіз. Особливу увагу приділено новим конституційним положенням, що змінюють характер державного ладу, а також проблемам реалізації нових конституційних положень на практиці. Наголошується на тому, що соціально-політичні процеси не лише в Тунісі та Єгипті, а й в інших арабських країнах перебувають у постійному розвитку, а тому говорити про повну стабілізацію обстановки в цих країнах не доводиться. А проведення конституційних реформ сприяло певній стабілізації політичної ситуації та стало фундаментом для побудови нових суспільних відносин, проте не вирішило основних проблем, що існували в цих країнах.

Ключові слова: «Арабська весна», революція, конституційна реформа, Конституція, політичний режим.

The article is devoted to the study of democratic changes that took place in Tunisia and Egypt during the revolutionary events of the "Arab Spring". The constitutional reforms that took place in Tunisia and Egypt as a result of mass discontent and public demonstrations against the rule of ten-year conservative political regimes are considered. In particular, the revolutionary events contributed to the combination of traditional absolutist and new democratic political regimes, the consolidation at the constitutional level of a new balance of political forces, the proclamation of the Islamist course of states and the establishment of a wide range of rights and freedoms. The amendments to the Constitutions concerned mainly the relationship between religion and law, the political regime of states, and the system of rights and freedoms of citizens. Thus, for the first time, the Tunisian Constitution proclaimed the equality of the rights of men and women, the protection of "women's rights" and their support. Tunisia is one of the few Arab countries that has enshrined at the constitutional level the priority of international treaties and international norms of violence against women. The article also focuses on the provisions of the Constitutions of Egypt in 2012 and 2014, which defined the political and ideological boundaries of the state, conducted a comparative analysis. Particular attention is paid to new constitutional provisions that change the nature of the state system, as well as problems of implementation of new constitutional provisions in practice. It is emphasized that the socio-political processes not only in Tunisia and Egypt, but also in other Arab countries are constantly evolving, and therefore it is not necessary to talk about the complete stabilization of the situation in these countries. The implementation of constitutional reforms contributed to some stabilization of the political situation and became the foundation for building new social relations, but did not solve the main problems that existed in these countries.

Key words: "Arab Spring", revolution, constitutional reform, Constitution, political regime.

«Арабська весна» – серія масових протестів, революційних виступів та внутрішніх військових конфліктів, спрямованих на зміну панівних режимів та здійснення демократичних реформ у низці арабських країн. Створення «Нової Республіки» в Єгипті та Тунісі ознаменувалося проведенням демократичних виборів і подальшим прийняттям нових Конституцій. Внесення поправок до Основного закону стало безумовним проривом на шляху до демократії. Однак поряд із цим постало питання можливості реалізації на практиці конституційних норм, які прописані в тексті вказаних Конституцій.

Подіям «Арабської весни» присвячено чимало наукової літератури. Зокрема, проблеми демократичних змін у країнах Близького Сходу як результат «Арабської весни» вивчали: І.Б. Грушицька, А.В. Коротаєв, Ю.В. Зінькіна, Б.В. Долгов та інші.

Метою цього дослідження є аналіз конституційних реформ, що відбулися внаслідок революційних подій у Тунісі та Єгипті, вивчення проблем реалізації нових конституційних положень на практиці.

Спершу необхідно зазначити, що розгортанню революційних подій у країнах Близького Сходу сприяла низка причин як внутрішнього (зумовлені специфікою

історичного розвитку, соціально-економічної, політичною, релігійною ситуацією кожної окремої країни), так і зовнішнього характеру. Зокрема, І.Б. Грушицька зазначає, що основними внутрішніми передумовами «Арабської весни» були соціальні проблеми суспільства, такі як: розрив між багатими правлячими елітами й іншою частиною населення; корупція та бідність; високий відсоток безробітного населення (пов'язаний зі збільшення частки молоді) тощо. Саме молодь стала рушійною силою низки народних повстань, зумовлених незадоволенням існуючими політичними режимами.

Серед політичних чинників можна виокремити такі, як: жорстка політика правлячих режимів та їх незмінність; відсутність реальної політичної конкуренції на партійному полі; жорсткі обмеження політичних та особистих прав громадян, політика придушення інакомислення. Поряд із цим мали місце релігійні чинники, зумовлені дискредитацією ідеології панарабізму, що на початку 2010-х рр. була офіційною у більшості арабських держав (зокрема в Єгипті і Тунісі) [1, с. 9].

Таким чином, всі вищезазначені чинники у сукупності призвели до низки демократичних змін у країнах Близького сходу. Головним наслідком революцій стали нові Консти-

туції, що закріпили основи правового статусу особистості, суспільного та державного ладу, а також нові положення щодо організації системи органів державної влади.

Так, в АР Єгипет невдовзі після приходу до влади лідера ісламського руху «Брати-мусульмани» Мухаммеда Мурсі (15 і 22 грудня 2012 року) відбувся Конституційний референдум із метою прийняття Основного закону, що змінив Тимчасову конституцію Єгипту 2011 року. Нова Конституція і обставини її прийняття стали об'єктом численних протестів та зазнали чималої критики з боку єгипетської опозиції. Опозиція назвала референдум незаконним та звинуватила «Братів-мусульман» в узурпації влади, а тому вимагала відставки Мурсі. Однак з підсумками вказаного референдуму президент підписав Конституцію. Він виступив із промовою, присвяченою підсумкам конституційного референдуму, в якій зазначив таке: «Ми починаємо нову фазу, перехід від першої республіки до другої, республіки, у якій є ця сильна конституційна база. Я повторюю свою клятву поважати закони і Конституцію». Тим самим єгипетський президент фактично проголосив створення «Нової Республіки» та розрив із системою правління, яка існувала в країні починаючи з 1952 року [2, с. 85].

Поправки до Конституції стосувалися головним чином ролі ісламу та армії в суспільно-політичному житті, а також системи прав і свобод громадян, статусу глави держави. Так, відповідно до Конституції було змінено строк повноважень президента з шести до чотирьох років та закріплено його право переобирання лише один раз (стаття 133). Більш жорсткими стали вимоги до кандидата на посаду голови держави: згідно з положеннями статті 134, кандидат у президенти мав бути єгиптянином, народженим від єгипетських батьків, не повинен мати іншого громадянства, мав бути одруженим лише з єгиптянкою і на час номінації досягти не менше 40 григоріанських років. Зазнала змін також процедура обрання на пост президента: для офіційної реєстрації на цю посаду кандидатам було достатньо заручитися підтримкою 30 депутатів або зібрати підписи 30 тисяч виборців у 15 єгипетських провінціях. Правом на участь у виборах наділялися також члени партій, що мали хоча б одного депутата у парламенті. Глава держави, згідно з Конституцією, одночасно очолював виконавчу гілку влади: разом із Радою міністрів він розробляв загальну політику держави та контролював її здійснення; призначав прем'єр-міністра та міністрів, їх замісників та 1/3 членів Консультативної ради; був наділений правом ініціювати референдум із питань, що стосувалися інтересів країни; пропонувати поправки до Конституції тощо. Загалом за новою Конституцією президент перестав бути всемогутньою фігурою. А на першому місці був сильний двопалатний парламент: нижня палата – Палата представників, верхня палата – Консультативна Рада (Рада шури).

Одночасно новий Основний закон надавав можливості для побудови ісламістської держави. У преамбулі закріплювалися основні принципи державності АР Єгипет, які являли собою суміш демократичних і ісламських постулатів. Зокрема, в ній від імені «народу Єгипту, в ім'я Аллаха і за допомогою Аллаха» проголошувалося, що конституція Єгипту є «основним документом мирної революції, розпочатої єгипетською молоддю, захищеної Збройними силами та підтриманої єгипетським народом, який зібрався на площі Тахрір 25 січня 2011 року, щоб заявити про своє відторгнення всіх форм несправедливості, гноблення, тиранії і монополії і в повному обсязі заявити про свої права на гідне життя, свободу, соціальну справедливість та людську гідність, права, гарантовані Аллахом, передбачені конституціями і загальними деклараціями про права людини». Відповідно до статті 2 іслам проголошувався релігією держави та основним джерелом законодавства, а арабська мова визнавалася офіційною. Таким чином, Конституція

вводила інститут богословського трактування юридичних норм і закріплювала право тлумачення за мечеттю та університетом Аль-Азхар, причому посада шейха Аль-Азхар оголошувалася незалежною від органів державної влади і не могла бути ліквідована.

Права і свободи громадян також трактувалися як «заповіді Аллаха», а не як абсолютне право людини. Стаття 81 говорить, що «ніякий закон не може обмежити сутність прав і свобод, закріплених у Конституції. Права і свободи повинні здійснюватися остільки, оскільки вони не суперечать принципам, викладеним у розділі про державу і суспільство в цій Конституції». Положення цієї глави також закріплюють, що «державі і суспільству має бути доручено збереження істинної природи єгипетської родини», а «державі стоїть на захисті етики, моралі і громадського порядку».

У розділі громадянських та політичних прав закріплювалося право громадян на свободу слова та переконань. Стаття 43 про свободу віросповідання дає право сповідувати релігію і встановлює місця поклоніння для мусульман, християн та іудеїв, але виключає послідовників інших релігій. Таким чином, законом гарантувалася свобода віросповідання тільки віруючим будь-якої із трьох авраамічних релігій – ісламу, християнства та іудаїзму. У статті 45 Нова Конституція закріпила право громадян на свободу слова без вказівки на те, які обмеження є законними та допустимими. Але при цьому у статті 31 державою гарантується повага до гідності людини та її захист. Заборонено ображати або зневажати будь-яку людину, всіх релігійних посланців і пророків (стаття 44) [3].

Отже, такі положення Основного закону Єгипту 2012 року були насамперед спрямовані на побудову ісламської держави. А тому ця Конституція зазнала чималої критики з боку суспільства. До того ж М.А. Сапронова наголошує на важливості послідовного формування правового поля і конституційних інститутів. Досвід політичного розвитку Єгипту 2011–2013 рр. чітко показав зворотний бік, оскільки було ясно, що прийнята 2012 року Конституція розроблена, так би мовити, під конкретну політичну силу [4, с. 32]. Тому вже у 2014 році було розроблено нову Конституцію, яка закріпила нове співвідношення політичних сил в країні.

Закон проголошував побудову «сучасної демократичної держави з громадянським урядом» і водночас закріплював військове відомство фактично автономним інститутом. Особливістю нового Закону стало закріплення положення про утворення позаконституційної структури, представленої військовими, – Вищої ради збройних сил. Вперше такий інститут з'являється не тільки в Конституції Єгипту, але і в конституційному праві інших арабських країн. Стаття 200 Конституції АР Єгипет закріплює такі положення: «Збройні сили належать Народу, і їх обов'язок – захищати країну та зберігати її безпеку та цілісність своїх територій. Тільки держава має право встановлювати озброєні сили, збройні сили мають вищу раду, як це регулюється законом». Таким чином, згідно з новою Конституцією, Вища рада фактично наділялася досить широкими повноваженнями, пов'язаними не тільки з озброєними силами, а і з політичним процесом.

Також принагідно зазначити про закріплення у новій Конституції шаріату як основного джерела законодавства (як у Конституції 1971 р). Поряд із проголошенням шаріату офіційним джерелом законодавства в Єгипті Основний закон також надав право християнським та іудейським громадам самостійно вирішувати спірні питання в рамках свого законодавства (стаття 3 Конституції). Положення про Університет аль-Азхар як «автономного ісламського інституту» у новій редакції Конституції відсутнє. Проте посада шейха аль-Азхара, як і раніше, залишалася «незалежною і не могла бути ліквідована». А спірні питання, пов'язані з ісламом і шаріатом, знову перейшли у відання Верховного конституційного суду.

Ще однією відмінністю конституцій Єгипту є те, що свобода віросповідання оголошується абсолютною (ст. 64 Конституції 2014 року), тоді як за Конституцією 2012 року вона гарантувалася. Різниця між двома варіантами малопомітна, але її треба розглядати у взаємозв'язку з тим фактом, що скасовано положення статті 44, якими раніше встановлювалася заборона ображати релігійних посланців і пророків. Водночас нові поправки обмежують свободу як виконання релігійних практик, так і зведення християнських та іудейських культових споруд.

У новій Конституції 2014 року присутня стаття 74, відповідно до якої забороняється політична діяльність і створення політичних партій на релігійній, расистській, географічній або секторальній основі. Таким чином, фактично поза законом опинилися партії, засновані на релігійній ідеології, в числі яких була і партія «Братів-мусульман». Ще однією особливістю Конституції є відсутність закріплення положення про пріоритет міжнародних угод, підписаних Єгиптом. Так само Основний закон 2012 проголошував, що жоден міжнародний договір не підлягає підписанню президентом і ратифікації парламентом, якщо він суперечить положенням Конституції. А це означає звільнення Єгипту від будь-яких обов'язків у рамках міжнародного права, хоча преамбула Конституції 2014 року гарантує відповідність системи прав і свобод громадян Загальній декларації прав людини. Положення права на життя як фундаментального права людини теж відсутнє.

У тексті нової Конституції немає згадок про дорадчу раду (Раду Шури), оскільки у попередньому Законі положення щодо Верховної палати парламенту були нечіткими та викликали багато нарікань. Парламент стає однопалатним – тільки Палата представників. Щодо глави держави: президент так само є представником держави та одночасно головою виконавчої гілки влади. Кандидат у президенти мав бути єгиптянином з народження, його батьки та дружина так само мали бути єгиптянами, обов'язкова вимога – проходження військової служби. Новелою стало доповнення про право президента, за погодженням із прем'єр-міністром, призначати ключових міністрів (внутрішніх справ, оборони та юстиції) у разі, якщо уряд буде сформований на коаліційній основі. Таке положення є гарантією, що в майбутньому на парламентських виборах жодна з партій не набере абсолютної більшості голосів для формування уряду, як це було раніше [5].

Певних змін зазнала і Конституція Тунісу. Над її розробленням працювало декілька органів: шість установчих комітетів (кожен з яких мав скласти проект однієї або декількох глав), спільний координаційний та редакційний комітет (координував роботу комітетів та випуск остаточної версії проекту Конституції для розгляду на пленарному засіданні). І вже 26 листопада 2013 р. депутати Національних зборів більшістю голосів проголосували за її прийняття. Президент держави Монсеф Марзукі зазначив, що прийняття Основного закону стало перемогою над диктатурою, а ефективний національний діалог (між ісламськими та світськими політичними партіями) дозволив країні підтримати курс на демократію.

Дискусійними питаннями під час розроблення Конституції були: співвідношення релігії та закону; закріплення гарантій прав і свобод громадян Тунісу; політичний режим держави. У першому випадку Конституція обговорювалася між тими, хто закликав до чіткого поділу релігії і закону, але були й ті, хто вимагав прямого закріплення шариату джерелом права. Перша стаття нової Конституції сьогодні говорить, що «Туніс – вільна, незалежна і суверенна держава, його релігія – іслам, мова – арабська, державний лад – республіка» (це положення повністю відтворює статтю 1 Конституції 1959 р.). Як зазначають науковці, саме таке формулювання дає змогу уникнути проголошення ісламу державною релігією, оскільки у статті зазначається лише соціологічний факт, що іслам – це

релігія більшості тунісців, але з цього не випливають нормативні наслідки. Проте в результаті статтю критикували обидві сторони, зазначаючи про несумісність правового порядку Тунісу із заповідями ісламу. Згідно зі статтею 2 Конституції, «Туніс – це громадянська держава, заснована на волі народу і верховенстві права». Ідея громадянської держави була запропонована опозицією як основа конституційного ладу держави. Така концепція, на їхню думку, мала допомогти уникнути радикального розколу між законом і релігією, забезпечити верховенство закону.

Відповідно до попередньої конституції Туніс був президентською республікою, характерною рисою якої була сильна централізація державного управління. Президент мав широкі повноваження, а виконавча влада залежала від законодавчої. У новій редакції главою держави є Президент, який виступає гарантом незалежності і забезпечує дотримання Конституції. Законодавча влада належить народу та реалізується через його представників у Зборах народних представників або шляхом референдуму. Виконавча влада здійснюється президентом Республіки і урядом під головуванням глави уряду (прем'єр-міністра), який обирається парламентом. Окреме місце серед норм нової конституції займає стаття 60, що закріплює особливе положення опозиції. Вона проголошує опозицію невід'ємною частиною Зборів народних представників та гарантує керівництво Комітетом з фінансів, надає право щорічно брати участь у формуванні та керівництві Комітету з розслідування тощо.

Нова конституція також містить окремий розділ «Права і свободи», яким гарантує громадянам, чоловікам і жінкам, індивідуальні і колективні права і забезпечує умови для гідного життя, на відміну від попереднього закону, де взагалі були відсутні подібні положення. Особливо звертає на себе увагу те, що закон вперше закріплює на конституційному рівні права жінок в усіх сферах. Так, у статті 46 Конституції держава гарантує рівні права чоловіків та жінок, захист «досягнутих жінками прав» та їх підтримку, працює над досягненням паритету між чоловіками і жінками у виборних радах, зобов'язується вживати необхідних заходів для викорінення насильства щодо жінок.

Найбільш обговорюваною стала стаття 6 Конституції, яка мала кілька варіантів, перш ніж її було затверджено остаточно. Так, відповідно до статті 6 Конституції, «держава – охоронець релігії. Вона гарантує свободу віросповідання і совісті, вільне відправлення релігійних обрядів; є гарантом нейтралітету мечетей та місць поклоніння від будь-якої партизанської діяльності. Держава зобов'язується поширювати цінності поміркованості і терпимості. Такфір (звинувачення у віровідступництві), підбурювання до ненависті і насильства заборонені». Закріплення заборони Такфіру стало об'єктом конфлікту з боку тих, хто вимагав посилення захисту релігії, а також тих, хто засуджував потенційне порушення прав і свободи, які це могло спричинити. Вказана стаття стала об'єктом низки дебатів також із приводу поєднання в ній різних елементів: релігії та свободи совісті, думки, слова. А тому її сучасна редакція є результатом компромісу, якого було досить важко досягти [6].

Також вперше з'явилися норми, що закріпили політичну свободу громадян: свободу створення політичних партій, спілок і асоціацій. При цьому зазначається лише, що партії у своїх статутах і діяльності «повинні дотримуватися Конституції і законів, забезпечувати фінансову прозорість і неприйняття насильства» (стаття 35 Конституції). Туніс став однією з небагатьох арабських держав, яка закріпила пріоритет міжнародних договорів, схвалених і ратифікованих Зборами народних представників, над внутрішнім законодавством (стаття 20) [7].

Конституційні процеси в Єгипті та Тунісі були абсолютно різними. В Єгипті вони були поспішними та непослідовними. В Тунісі, навпаки, розроблення та прийняття

нового закону являло собою тривалий процес із переговорами та дебатами партій усього політичного спектру. Для Єгипту очевидним стало, що обіцянки повернення до цивільного правління в конституції 2014 року не відповідають реальності і держава неухильно рухається авторитарним шляхом. У Тунісі, навпаки, спостерігався авторитарний регрес. У Тунісі відбулася справжня зміна режиму, тоді як Єгипет просто був свідком серії ротації авторитарних лідерів, які погано маскуються як демократи [8].

Таким чином, прийняття нової конституції у Тунісі означало лише початок трансформації політичної системи держави з істотним перерозподілом повноважень на користь законодавчої влади і уряду. При цьому новий закон значно розширив обсяг демократичних прав і свобод громадян, незважаючи на конституційне закріплення курсу держави на впровадження в повсякденне життя ісламських норм. Про норми нової Конституції АР Єгипет 2014 року багато вчених також говорять як про юридичну основу для стабілізації політичної ситуації та фундамент для побудови нових суспільних відносин. Конституція 2014 року закріпила нове співвідношення сил у державі та визначила політичні та ідеологічні межі її розвитку. Її прийняття передувало Конституції 2012 року, положення якої вже свідчили про становлення на шлях до побудови демократичної республіки в Єгипті. Саме вона відобразила комплексну проблему, як поєднати закони шариату з демократичними принципами та міжнародними стандартами, продемонструвала фактично розкол Єгипту. А тому наслідки були очевидними – нові демонстрації та протести.

Однією з цілей учасників революційних подій у країнах Близького сходу була боротьба з корупцією. Ця проблема залишилася невирішеною, оскільки державний апарат виявився неефективним та залежним від військових сил (зокрема, у АР Єгипет внаслідок реформування значні зміни пройшли лише у верхах владної еліти, а тому в кінці кінців влада знову опинилася в руках військових). Щодо

забезпечення провідного становища армії, то у процесі революційних подій у Тунісі та Єгипті саме вона стала «арбітром» між конфліктуєчими сторонами. В Тунісі армія змогла досить швидко взяти під свій контроль політичні процеси та утримати суспільство від анархії, організувавши парламентські та президентські вибори. А у Єгипті рік правління Мурсі довів, що цивільна влада не готова швидко та ефективно вирішувати гострі соціально-економічні проблеми суспільства. Таким чином, армія стала фактично автономним інститутом, що допомогло стабілізувати політичну ситуацію в країнах.

Посилення ролі ісламу стало ще одним важливим наслідком подій «Арабської весни». Саме релігійний фактор мав значний вплив на формування нових політичних інститутів та процеси легітимації влади загалом. Ісламська складова частина займає лідируючу політичну позицію і сьогодні. Поряд із цим Основним законом Тунісу та Єгипту було розширено обсяг прав та свобод громадян. Зокрема, у Тунісі особливу увагу приділено саме правам жінок – держава гарантує рівні права чоловіків та жінок. Проте це не стало каталізатором невдоволення суспільства, оскільки серед учасників революційних подій була відсутня структурована організація. До того ж дестабілізуючий вплив зовнішніх факторів – Інтернету та соціальних мереж – лише сприяв швидкому розповсюдженню інформації та мобілізації нових протестів. А тому в результаті конституційних реформ колишній революційний ентузіазм дещо згас. Проте натомість його змінили втома, невдоволення і розчарування від нездійснених надій. Соціально-політичні процеси не лише в Тунісі та Єгипті, а й в інших арабських країнах знаходяться в постійному розвитку і, судячи з усього, ще далекі від завершення. І говорити про повну стабілізацію обстановки в країнах Близького Сходу не доводиться й сьогодні. А започатковані «Арабською весною» процеси ще довго викликать різного роду політичні, соціальні, релігійні розломи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Грушицька І.Б. Арабська весна та її наслідки в політиці Близького Сходу. «Сучасні інформаційні технології та телекомунікаційні мережі». Вип.53. 2018. с.7–14.
2. Елдіб А.М., Бородіна М. Ю. Новая республика в Египте. *Вестник Нижегородского университета им. Н.И. Лобачевского*. 2014. № 5. с. 85–90
3. Constitution of the Arab Republic of Egypt 2012. URL: https://constitutionnet.org/sites/default/files/final_constitution_30_nov_2012_english_-_idea.pdf
4. Сапронова М.А. Особенности конституционного строительства в Тунисе и Египте после «Арабской весны». *Вестник РУДН, серия Международные отношения*, 2014, № 3. с. 30–38.
5. Constitution of the Arab Republic of Egypt 2014. URL: <https://www.sis.gov.eg/Newvvr/Dustor-en001.pdf>
6. Hédi Abdelkefi (2013) The Tunisian Constitution: the evolution of a text. URL: 13 Hédi Abdelkefi EN (1).pdf
7. Constitution de Tunisie 2014. URL: <http://mjp.univ-perp.fr/constit/tn2014.htm>
8. Lise Storm (2014) The Constitutional Process in Egypt and Tunisia. *E-International Relations*. 8 March. URL: <https://www.e-ir.info/pdf/47540>
9. Andrej Zwitter (2014) The Arab Uprising State of Emergency and Constitutional Reform. *ASPJ AFRICA & FRANCOPHONIE. State of Emergency*. 2 nd Quarter 2014. URL: https://www.airuniversity.af.edu/Portals/10/ASPJ_French/Journals_E/Volume-05_Issue-2/Zwitter_e.pdf.

**ЩОДО ПРОБЛЕМИ ЗАПРОВАДЖЕННЯ
ІНСТИТУТУ РЕФЕРЕНДУМУ В УКРАЇНІ****ON THE PROBLEM OF INTRODUCING
THE INSTITUTION OF A REFERENDUM IN UKRAINE****Кошель В.В., студент V курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Псьота О.В., студент V курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Досліджено всеукраїнський референдум як один із головних інститутів прямої демократії та безпосереднього волевиявлення громадян із найважливіших питань загальнодержавного значення. У статті автори в загальних обрисах розглядають історичний досвід України у проведенні референдумів, законодавче регулювання в цій сфері, наслідки та значення їх проведення та нещодавні законодавчі зміни, що мали місце у вітчизняному законодавстві, яке регулює питання проведення всеукраїнських референдумів. Автори роботи внаслідок аналізу нового Закону України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум», що підписав Президент України 8 квітня 2021 року, наводять позитивні та негативні, на їхню думку, аспекти цього нормативно-правового акта. Зазначаються позитивні та негативні сторони власне референдумів як форми безпосереднього народовладдя. Автори зазначають про важливість ухвалення Закону України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум», цілі та завдання його ухвалення, роблять акцент на основних положеннях цього нормативно-правового акта, зазначають про наслідки його ухвалення.

Закріплення інститутів прямої демократії в конституціях прогресивних країн, хоча й із різним ступенем детальності, свідчить про їхню щораз більшу потребу в суспільстві. Досвід Швейцарії в цій сфері становить особливу цінність, оскільки саме в цій країні розвиток і практичне використання інститутів прямого народовладдя досягло свого апогею. Аналізуються основні форми прямої демократії в Швейцарії: референдум і народна ініціатива. Зазначається, що референдум дозволяє швейцарським громадянам відхилити заходи, ухвалені їхніми представниками, а ініціатива дає громадянам можливість застосовувати закони на практиці незалежно від законодавчої влади. Проведений аналіз дає змогу зазначити, що такі форми консультацій із народом можуть бути досить ефективними і у вітчизняній практиці.

Перелічуються умови та обставини, яких має бути дотримано задля становлення референдуму як ефективного інструмента народовладдя.
Ключові слова: громадяни, народовладдя, референдум, безпосередня демократія, народна ініціатива.

The All-Ukrainian referendum is studied as one of the main institutions of direct democracy and direct expression of the will of citizens on the most important issues of national significance. In the article, the authors comment on the historical experience of Ukraine in holding referendums, legislative regulation in this area, the consequences and significance of their holding and recent legislative changes that have taken place in domestic legislation governing all-Ukrainian referendums. The authors of the work as a result of the analysis of the new Law of Ukraine "On the All-Ukrainian Referendum", which entered into force on April 11, 2021, cite positive and negative, in their opinion, aspects of this legal act. The positive and negative sides of referendums as a form of direct democracy are noted. The authors note the importance of the adoption of the Law of Ukraine "On All-Ukrainian Referendum", the goals and objectives of its adoption, emphasize the main provisions of this legal act, note the consequences of its adoption.

The consolidation of institutions of direct democracy in the constitutions of progressive countries, although with varying degrees of detail, testifies to their growing need for society. Switzerland's experience in this area is of particular value, as it is in this country that the development and practical use of institutions of direct democracy has reached its peak. The main forms of direct democracy in Switzerland are analyzed: referendum and people's initiative. It is noted that the referendum allows Swiss citizens to reject the measures taken by their representatives, and the initiative gives citizens the opportunity to apply laws in practice regardless of the legislative power. The analysis makes it possible to note that such forms of consultations with the people can be quite effective in domestic practice.

Key words: citizens, democracy, referendum, direct democracy, people's initiative.

Акти прямого народовладдя є важливими джерелами сучасного конституційного права зарубіжних країн із демократичним режимом загалом і України зокрема. В історії України вже відбулося два всеукраїнських референдуми: референдум 1991 р. щодо Акта про державну незалежність України та референдум 2000 р. щодо можливих змін Конституції України. Якщо проведення першого з них випало на «романтичний» період української демократії, його результати стали безсумнівними, як у правовому, так і в суспільному планах, то з другим референдумом пов'язаний негативний досвід [1]. Наприклад, на Всеукраїнському референдумі понад 80 % громадян, які взяли в ньому участь, позитивно відповіли на чотири запитання, винесені на референдум, зокрема й щодо впровадження двопалатного парламенту, скорочення чисельності депутатського корпусу, додаткових підстав розпуску Верховної Ради України [2, с. 30].

Нині інститут референдуму в Україні має законодавче закріплення не тільки на рівні Конституції України, але й на рівні окремого Закону. Так, Президент України Володимир Зеленський підписав Закон України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» № 1135-IX

(далі – Закон № 1135-IX), який Верховна Рада ухвалила 26 січня 2021 р. Цей Закон ініціював Глава держави, щоб надати народу право самостійно та безпосередньо, без участі політиків, розв'язувати державні питання. З 2018 р., коли КСУ своїм рішенням № 4-р/2018 від 26 квітня 2018 р. визнав неконституційним попередній Закон України «Про всеукраїнський референдум», положення Конституції України щодо участі громадян у всеукраїнському референдумі не були законодавчо забезпечені й не могли бути реалізовані. З огляду на останні законодавчі зміни виникає потреба у виявленні позитивних і можливих негативних аспектів Закону № 1135-IX.

До позитивних положень Закону України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум», на нашу думку, варто віднести: можливість винести на всеукраїнський референдум тільки одне питання; досить якісна синхронізація положень Закону «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» та Виборчого кодексу; впровадження системи прозорості та підвітності фінансування агітації на всеукраїнському референдумі; врахування парламентом факту відсутності політичного та експертного консенсусу щодо запровадження процедури збору підпи-

сів на підтримку ініціативи всеукраїнського референдуму електронним способом у мережі Інтернет тощо.

Відповідно до ч. 3 ст. 3 Закону України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» на всеукраїнський референдум може вноситися одне питання [3]. Вважаємо, що можливість подавати на референдум декілька питань, які стосуються однієї проблеми, не запобігають спотворенню свідомого та поінформованого волевиявлення громадян. У разі внесення більш ніж одного питання, навіть у разі їх належності до однієї теми, виникає виклик щодо інтерпретації з боку державних органів і виборців, політизації остаточного рішення щодо їх одночасного винесення на всеукраїнський референдум. На наше переконання, винесення на голосування декількох питань із різних сфер регулювання порушує цілісність процесу референдуму. Це насамперед стосується неможливості забезпечення рівного представництва у процесі референдуму прихильників та опонентів конкретних питань, зокрема під час формування виборчих комісій.

Також варто вказати на досить якісну синхронізацію положень Закону «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» та Виборчого кодексу України. Очевидним є той факт, що під час проведення всеукраїнських референдумів можливі відповідні провокації, не можна заперечувати вчинення адміністративних правопорушень, відкриття кримінальних проваджень під час їх проведення, порушення прав громадян. Цей позитивний аспект сприятиме належній роботі членів виборчих комісій і судів під час розгляду спорів та інших залучених до процесу референдуму суб'єктів.

Щодо впровадження системи прозорості та підзвітності фінансування агітації на всеукраїнському референдумі, варто зазначити про врегулювання процесу проведення агітації під час збору підписів на підтримку ініціативи всеукраїнського референдуму ще до його оголошення, фінансування якої буде підзвітним і підлягатиме вимогам прозорості (ст. ст. 14, 64-73 Закону № 1135-IX). Вважаємо, що такі вимоги сприятимуть рівності можливостей сторін референдуму й запобігатимуть незаконному фінансуванню процесу референдуму.

Законом № 1135-IX розширено коло суб'єктів процесу референдуму, які реєструються в Центральній виборчій комісії як прихильники чи опоненти питання всеукраїнського референдуму. Ними можуть бути як політичні партії, так і громадські організації, відповідно зареєстровані в Центральній виборчій комісії. Це сприятиме посиленню легітимації рішень, ухвалених на всеукраїнському референдумі, зміцненню зв'язків інститутів громадянського суспільства з органами державної влади.

Також існують й інші, більш абстрактні та очевидні позитивні моменти в ухваленні Закону України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» № 1135-IX. Тепер є законодавчий механізм ухвалення рішень, які більше відповідають потребам та інтересам громадян; варто говорити про поліпшення контролю за діяльністю органів влади; є позитивним сам факт залучення громадян до процесів ухвалення рішень, що сприяє зростанню громадянської свідомості й відповідальності та підвищує рівень довіри виборців до рішень, що ухвалюються, забезпечує легітимацію влади тощо. Проте такі позитивні моменти стосуються не конкретного Закону № 1135-IX, а взагалі такої форми безпосередньої демократії, як референдум.

Проте Закон України «Про народовладдя через всеукраїнський референдум» № 1135-IX, на нашу думку, має й певні негативні аспекти. Першою проблемою є брак обов'язкового конституційного контролю за всіма без винятку питаннями всеукраїнського референдуму за народною ініціативою, хоча цю проблему може бути розв'язано тільки через внесення змін до Конституції України, адже вона пов'язана з особливим порядком роботи КСУ та конституційно зумовленими суб'єктами звернення до нього.

Другою проблемою є можливе незабезпечення пропорційного представництва прихильників і противників питань всеукраїнського референдуму в складі окружних і дільничних комісій через надання першочергової переваги партіям, які утворили депутатські фракції в парламенті та зареєстровані як прихильник або опонент питання всеукраїнського референдуму, та представникам ініціативної групи всеукраїнського референдуму.

Третьою проблемою є внесення до Закону положень щодо електронного голосування (наприклад, ст. 116 Закону № 1135-IX), які хоча й набудуть чинності після ухвалення окремого Закону, але не відбивають політичного та експертного консенсусу щодо нових способів голосування. Найскладніше тут технічно забезпечити захист персональних даних виборців й уберегти системи для електронних голосувань від несанкціонованих втручань. Проте це є ключовою новацією, що вирізняє цей Закон серед інших законопроектів, які реєструвалися у Верховній Раді України. Положення щодо електронного голосування розроблялися на основі вивчення зарубіжного законодавства та досвіду його застосування щодо електронних голосувань, насамперед європейських держав. Зарубіжні країни демонструють як позитивний, так і негативний досвід застосування електронних голосувань на референдумах і виборах.

Звичайно, варто зазначити певні можливі негативні аспекти такої форми безпосередньої демократії, як референдум: використання референдуму як інструмента політичної боротьби; ризик зупинення або дискредитації нормотворчого процесу внаслідок абсентеїзму (коли рішення в разі запровадження законодавчої вимоги їх обов'язкового ухвалення на референдумі з мінімальним порогом явки не можуть бути ухвалені внаслідок низької участі в голосуванні громадян; або коли рішення, що були ухвалені за низької явки виборців, мають слабку легітимність); складність організації та значні матеріальні витрати під час застосування форм прямої демократії, унаслідок чого занадто часто використання цього механізму ухвалення рішень (ідеться саме про всеукраїнський референдум) стає небажаним; складність юридично грамотного та позбавленого двозначності формулювання питань, що виносяться на обговорення; висока загроза маніпуляції громадською думкою; високий ризик ухвалення популістських, нереалістичних із погляду реалізації або непрофесійних рішень, які можуть призвести до негативних результатів. Проте необхідно зазначити, що цей ризик під час застосування форм безпосередньої демократії, наприклад референдум, є найвищим на загальнонаціональному рівні та меншим – на місцевому [4].

Аналізуючи міжнародний досвід, зауважимо, що вперше референдум був застосований у 1778 р. в США, у штаті Массачусетс, де на народне схвалення було представлено Конституцію штату. Початковий варіант Конституції народ відкинув, але через два роки Конвент розробив новий проект, який був затверджений більшістю голосів населення [5, с. 5–11].

Найбільшу популярність, порівняно з іншими країнами, референдум отримав у Швейцарії. Явище, схоже до референдуму, існувало в швейцарській державі ще з часів її створення. У «первісних» кантонах питання державної значущості розв'язувалися народним сходом або зборами, що скликалися раз на рік, зазвичай навесні. Найдавніший схід, звістка про який збереглася в пам'ятниках, відбувся 1294 року [6, с. 3].

Швейцарія – країна, про яку можна з упевненістю сказати, що вона володіє «чітко відпрацьованою системою прав прямої демократії на всіх державних рівнях, у Федерації, в кантонах і громадах» [7, с. 5]. Мабуть, немає іншої країни, де громадяни проявляли б таку активність у законотворчому процесі й де проводилося б стільки всенародних голосувань із конкретних питань.

Окрім Швейцарії, тільки в Князівстві Ліхтенштейн і в деяких штатах США такі голосування є «політичною

повсякденністю» [7, с. 5]. У середньому тільки загальнонаціональні референдуми проводяться в альпійській Республіці щотири місяці. На них виносяться пропозиції щодо зміни та доповнення до Конституції, законів, ухвалених парламентом, міжнародних договорів і угод, укладених урядом, а також інших важливих для країни питань.

Окрім права на конституційний або установчий референдум, швейцарський народ має право й на законодавчий референдум. Він стосується звичайних (неконституційних) законів. Питання, що стосуються такого референдуму, передані відповідно до Конституції 1874 р. на врегулювання федеральному законодавству. Тут варто зазначити, що «з приводу всякого закону й деяких заходів управління, якщо вони терплять зволікання та мають загальне значення, 30 тисяч громадян можуть зажадати, щоб цей закон або міра було передано на народне голосування». Право народу вимагати на своє затвердження закони називається факультативним референдумом, на відміну від обов'язкового референдуму, за якого кожен закон без усякої вимоги обов'язково передається на затвердження народу й без цього затвердження не має жодної сили. Такий обов'язковий референдум є на федеральному рівні тільки для конституційних законів, а для звичайних законів встановлено лише факультативний референдум. Зазначається, що «факультативне всенародне голосування під час вотування законів було запозичене Швейцарією з французької конституції 1793 р., хоча й знайшло собі застосування на ґрунті місцевих установ». Такі народні голосування щодо законів, як конституційних, так і звичайних, за своїм політичним значенням є, по суті, контролем над законодавством, «бо перешкоджають введенню непопулярних законодавчих заходів» [8, с. 89].

На кантональному рівні народна ініціатива вперше з'явилася в 1845 р., а починаючи з 1869 р. була схвалена всіма кантонами, до того ж не тільки стосовно федеральних, але й місцевих законів. На федеральному рівні розвиток права ініціативи йшло повільно. Було встановлено порядок перегляду Конституції на вимогу громадян. Повний або частковий перегляд Конституції може бути здійснено на вимогу 100 тисяч виборців.

Референдум дає змогу швейцарським громадянам відхиляти заходи, що вживаються їхніми представниками, а ініціатива дає швейцарцям можливість особисто, незалежно від законодавчої влади, проводити в життя закони.

Особлива роль референдуму у Швейцарії як прояв прямої демократії зумовлена прагненням швейцарців звільнитися від тиску з боку представницької влади, яка є неминучою під час звичайних виборів, але неможливою під час всенародного обговорення законів. Жодна держава в світі не змогла настільки наблизитися до застосування прямої демократії під час розв'язання національних політичних питань, як Швейцарія.

Починаючи із середини XIX ст., коли було ухвалено першу федеральну конституцію країни, у Швейцарії зуміли провести більше референдумів, ніж у всіх інших країнах разом узятих за той же часовий інтервал [7, с. 15].

Швейцарські громадяни вельми успішно беруть участь у законотворчості та управлінні державою за допомогою законодавчої ініціативи, а також обговорення широкого кола питань, винесених на референдуми. Ба більше, швейцарський досвід наочно показує, що такі форми консультацій із народом під час розумного застосування й з урахуванням національних законодавчих традицій можуть бути також дуже перспективними й ефективними для інших європейських держав, зокрема для України.

Виробилася конституційна доктрина щодо процесу державного владарювання під час вступу країн до міждержавних об'єднань. Найбільш типовим тут нині вважається використання референдуму. Загалом, пряме народне волевиявлення не створює перешкод для європейського інтеграційного процесу. На підтвердження цієї тези автор

посилається, зокрема, на референдум 22 січня 2012 р. в Хорватії. Що ж стосується інших каналів вираження настроїв та інтересів народу з питань міждержавної інтеграції/дезінтеграції, то тут типовим способом волевиявлення залишається парламент. Прикладом може служити досвід Литви, яка дозволяє депутатам сейму ухвалювати на власний розсуд рішення, пов'язані з політикою Литви в межах Євросоюзу. Паралельно в Литві зберігається можливість використання також загальнонаціонального референдуму за ініціативою 50 депутатів сейму, або не менш ніж 10 % виборців країни [9, с. 185].

У вітчизняній науковій літературі заведено вважати референдум як додатковий інструмент народного волевиявлення, що не може повністю нівелювати повноваження представницьких органів влади. Цей інститут покликаний здійснювати контроль за ухваленням органами влади відповідних актів і рішень і запобігати ухваленню таких, що не відповідають інтересам суспільства. Волю народу виражено прямо та безпосередньо, без зацікавлених осіб і представників у вигляді партій і груп впливу, що гарантує найбільш чітке відображення потреб і поглядів. Проведення референдумів на загальнонаціональному та місцевих рівнях, безперечно, сприяє формуванню суспільної думки, громадянської відповідальності, політичної та правової свідомості в суспільстві. Проте варто зазначити умови та обставини, які не обов'язково мають бути оформлені юридично, але, безумовно, фактично без їх дотримання інститут референдуму не зможе виконати ефективно свої функції.

Однією з таких умов є наявність належної правової культури та освіченості серед громадян. Зрозуміло, що ухвалення рішень, які мають юридичний вплив на значну частину суспільства, потребують спеціальних знань і високого рівня моральної відповідальності. Допущення виборців із низьким рівнем освіти загрожує небезпекою маніпулювання думками таких осіб і, як наслідок, викривленням суспільної думки та демонстрацією фіктивного інструмента демократії. З цього випливає необхідність забезпечення населення детальною інформацією та всебічного дослідження щодо питання, яке виноситься, запобігання викривленню та маніпуляціям у засобах масової інформації.

Також необхідним є формування чіткого питання з можливим додатковим трактуванням, що також допоможе уникнути помилок під час ухвалення рішень і введення виборців в оману.

На нашу думку, на референдум мають виноситися найбільш важливі та доленосні проблемні питання. Зловживання цим інститутом, по-перше, є економічно не виправданим – для належної підготовки та забезпечення організації потрібні значні ресурси. По-друге, зі значним ростом пропозиції виникає ризик падіння попиту, інакше кажучи, громадяни схильні «втомлюватись» від значного обсягу інформації, необхідного для ухвалення осмисленого рішення, що супроводжує їх поряд з обов'язками виконання іншої роботи для підтримання власної життєвості.

З цього виникає проблема що раз більшого абсентеїзму. Як наслідок, рішення більш ніж половини населення може бути не враховано, що явно не відповідає природі інституту референдуму. Для того щоб референдум більш повно відбивав волю населення, необхідно, щоб остаточне рішення було ухвалено кваліфікованою більшістю громадян, які взяли участь у голосуванні.

Оскільки в історії нашої держави референдум ще не набув значної практики, не зайвим була б популяризація переваг цього інституту, зацікавленість у якому неодмінно забезпечить зростання легітимності ухваленого на ньому рішення.

У будь-якому разі всеукраїнський референдум є одним із головних інститутів прямої демократії та безпосереднього волевиявлення громадян із найважливіших питань

загальнодержавного значення. На нашу думку, ухвалення коментованого Закону № 1135-IX задовольнить нагальну необхідність законодавчого забезпечення положень Конституції України та визначення правових засад організації та проведення всеукраїнського референдуму. На перший погляд Закон № 1135-IX розроблено відповідно до вимог Конституції України з метою врегулювання правовідносин, пов'язаних з ініціюванням, призначенням (проголошенням), підготовкою, проведенням, встановленням результатів і правовими наслідками всеукраїнського референдуму.

Проте всі його позитивні та можливі негативні аспекти може «проявити» лише практика його застосування. Очевидно, що ухвалення Закону № 1135-IX створило законодавчу базу ініціювання, підготовки, порядку проведення, встановлення результатів, а також правових наслідків всеукраїнського референдуму як однієї з ключових форм прямої демократії, способу здійснення влади безпосередньо українським народом як носієм суверенітету та єдиним джерелом влади, а також важливого засобу реалізації права громадян на управління державними справами.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ключковський Ю. Інститут референдуму: проблеми доктрини та нормативного регулювання. *Вибори та демократія*. 2009. № 1. С. 121–126.
2. Крапчан О. Референдум: світовий досвід і сьогодення України. *Право України*. 2003. № 8. С. 30–35.
3. Про всеукраїнський референдум : Закон України від 26 січня 2021 р. № 1135-IX.
4. Павленко І., Даниляк О., Макаров Г., Руденко А. Розвиток форм безпосередньої демократії в Україні: аналіз доцільності та перспектив застосування. Київ, 2019. 65 с.
5. Morison S.E. A history of the Constitution of Massachusetts. Boston : Massachusetts Constitutional Convention, 1917.
6. Dyunan A. National legislation in Switzerland. Historical review. Saint-Petersburg, 1906.
7. Schaffhauser R. Direct democracy in Switzerland. Development, use and functions of direct democratic rights. Saint-Petersburg, 1994.
8. Magaziner Ya.M. (ed.). The Federal Constitution of the Swiss Federation on May 29, 1874, with changes following on 1905 JSC, 1917.
9. Ковтун В. Гарантії державного суверенітету України: конституційні аспекти : монографія. Харків : Фактор, 2014. 216 с.

ОБМЕЖЕННЯ ПРАВ І СВОБОД ЛЮДИНИ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ: СВІТОВИЙ ДОСВІД

RESTRICTIONS ON HUMAN RIGHTS AND FREEDOMS IN A PANDEMIC: A WORLD EXPERIENCE

Муртішева А.О., к.ю.н.,
асистент кафедри державного будівництва

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Землякова Д.С., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Волченкова А.С., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу обмежень прав і свобод людини й громадянина, які впроваджувалися в окремих зарубіжних країнах із метою подолання поширення COVID-19. У роботі розглядається специфіка карантинних обмежень, методи, що використовувались органами публічної влади зарубіжних країн. Здійснено аналіз окремих рішень конституційних судів із приводу конституційності обмежень прав і свобод людини й громадянина в умовах протидії пандемії. Установлено, що обмеження громадянських, політичних, соціальних, економічних, культурних та інших прав людини, пов'язане з нестабільною епідемічною ситуацією, потребують оцінки їх відповідності міжнародним й національним стандартам у сфері прав і свобод людини й громадянина, вимогам доцільності, обґрунтованості й пропорційності. Розглянуто питання правомірності й законності впроваджених владою різних країн протиепідемічних заходів.

У роботі акцентовано на окремих проблемних питаннях впровадження протиепідемічних заходів, зокрема на неповазі до прав і свобод людини, неефективності й дискримінаційному характері окремих заходів, надмірному розширенню компетенції органів виконавчої влади, зумовленому потребою оперативного реагування на виклики пандемії, відсутності належного парламентського контролю за виконавчою владою, недостатньому науковому обґрунтуванню запроваджених карантинних заходів. Проаналізовано значення конституційного контролю в період введення карантинних обмежень урядами Сполучених Штатів Америки, Боснії та Герцеговини, Чехії, Грузії, Росії та України, що стосувались насамперед свобод віросповідання та пересування. Зроблено висновок про відсутність одноманітної судової практики й протилежність юридичних позицій органів конституційного контролю різних країн щодо окремих карантинних обмежень. У статті розглянуто критерії визнання запроваджених обмежень законними й пропорційними через дослідження рекомендацій міжнародних організацій, зокрема Організації з безпеки й співробітництва в Європі й Організації Об'єднаних Націй, правових позицій органів конституційного контролю.

Ключові слова: обмеження прав і свобод, пандемія, карантинні обмеження, конституційний контроль, принцип пропорційності.

The article is devoted to the analysis of restrictions of human and citizens' rights and freedoms, which were implemented in some foreign countries in order to overcome the spread of COVID-19. The specifics of quarantine restrictions, methods used by public authorities of foreign countries have been considered in article. Some decisions of constitutional courts have been discovered on the constitutionality of restrictions of human and citizens' rights and freedoms during pandemic. The limitations on civil, political, social, economic, cultural and other human rights related to the fragile epidemic situation require an assessment of their conformity with international and national standards in the sphere of human and citizens' rights and freedoms. Also these constraints demand an assessment of their compliance with the requirements of expediency, validity and proportionality. The issue of legitimacy and legality of implementing anti-epidemic measures by the authorities of different countries is considered.

Such problematic issues of adoption of anti-epidemic actions, in particular, disrespect for human rights and freedoms, ineffectiveness and discriminatory of some measures have been highlighted in the article. As well excessive expansion of the competence of executive authorities, caused by the need for prompt response to the challenges of the pandemic, the lack of proper parliamentary control of the executive power, insufficient scientific justification of the quarantine measures have even allocated in this work. The importance of constitutional control by the governments of the United States, Bosnia and Herzegovina, the Czech Republic, Georgia, Russia and Ukraine during the time of quarantine restrictions that concerned freedoms of religion and movement, first of all, has been analyzed. This review had led to the conclusion that there is no unequivocal judicial practice. Also the opposite of the legal positions of the bodies of constitutional control of different countries regarding certain restrictions was detected. The article considers the criteria for admission the restrictions as legal and proportionate through the study of the recommendations of international organizations, in particular, the OSCE and the UN, the legal positions of constitutional control bodies.

Key words: restriction of rights and freedoms, pandemic, quarantine limitations, constitutional control, principle of proportionality.

2020 рік став викликом для всього світу. Зміни, зумовлені поширенням коронавірусної інфекції COVID-19, відбулися в усіх сферах суспільного життя. Суттєвого спаду зазнала економіка, були обмежені або майже припинені міждержавні контакти, медична сфера в кожній країні зіткнулась з одним із наймасштабніших викликів за останні десятиліття. Реагуючи на епідемічну ситуацію, державні органи й органи місцевого самоврядування почали впроваджувати ряд запобіжних заходів, характер та обсяг яких неодноразово змінювався зі зниженням чи підвищенням загрози масового інфікування. Вони стосувалися питань функціонування медичної сфери, режимів перетину кордонів і внутрішньодержавних переміщень, торгівлі, сфери послуг тощо, проте найсуперечливішими

стали саме ті заходи, які прямо обмежували конституційні права (зокрема щодо свободи пересування шляхом впровадження заходів «соціального дистанціювання»).

Водночас майже одразу постало питання щодо дотримання конституційних та інших законних прав людей у зв'язку з обмеженнями, спрямованими на запобігання поширенню пандемії. Досить жорсткі обмеження, запроваджені владою, викликали обурення як серед населення країн, так і в науковій сфері й сприяли встановленню питання про конституційність обмежувальних заходів і дотримання принципу пропорційності під час їх запровадження.

Питання правомірності обмеження прав людини в умовах глобальних викликів стало об'єктом дослідження багатьох вітчизняних і зарубіжних вчених, експер-

тів міжнародних організацій тощо. Проте продовження дій обмежувальних заходів в умовах все нових ризиків розповсюдження хвороби зумовлюють актуальність подальших досліджень у цій сфері. Метою роботи є аналіз обмежень окремих конституційних прав і свобод людини й громадянина в зарубіжних країнах і судової практики оскарження карантинних заходів.

Відповідно до ст. 15 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод під час війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації, будь-яка Висока Договірна Сторона може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією, виключно в тих межах, яких вимагає гострота становища, й за умови, що такі заходи не суперечать іншим її зобов'язанням згідно з міжнародним правом. Водночас наведене вище положення не є абсолютним, оскільки не може бути підставою для відступу від гарантування певних основоположних прав [1]. У зв'язку з визнанням міжнародною спільнотою доцільності й правомірності обмежувальних заходів за певних обставин міжнародні організації почали наголошувати на необхідності дотримання умов введення таких обмежень, які сприятимуть одночасно досягненню мети захисту здоров'я та захищатимуть від свавілля органів публічної влади.

Наприклад, експерти Організації з безпеки й співробітництва в Європі (далі – ОБСЄ) зауважують, що, незважаючи на пріоритетність захисту здоров'я та порятунку життя людей у період пандемії, під час введення обмежувальних заходів необхідно досягти рівноваги між захистом здоров'я та повагою до людини. Щоб відповідати стандартам прав людини, будь-які заходи, вжиті для захисту населення, які обмежують особисті права й свободи, мають:

- бути передбаченими законом;
- бути необхідними в демократичному суспільстві;
- ґрунтуватись на вагомих наукових доказах;
- не бути ні довільними, ні дискримінаційними;
- підлягати огляду;
- бути обмеженими в часі;
- бути пропорційними цілі, якої потрібно досягти;
- враховувати неоднаковий вплив на певні категорії населення та / або маргіналізовані групи [2, с. 6].

На дотриманні гарантів прав і свобод людини й громадянина в разі запровадження карантинних обмежень наголошують і в ООН. У ряді виступів і звітів представники організації неодноразово наголошували на окремих аспектах захисту прав в умовах пандемії, наприклад: посилення цензури, пригнічення журналістів, які критикують дії влади в умовах пандемії, є негативним явищем, що може призвести до браку важливої інформації та сприяти погіршенню епідеміологічної ситуації [3]; заборона незаконного позбавлення волі й гарантії від зловживань із боку правоохоронних органів мають абсолютний характер і не можуть бути обмеженими, а повна заборона на вихід із дому з будь-яких причин може розглядатись як позбавлення свободи [4]. ООН постійно проводить моніторинг дотримання прав і свобод різних груп населення та виробляє рекомендації для введення домірних обмежень, які б забезпечували баланс інтересів між протидією хворобі й демократичними стандартами.

Незважаючи на те, що зазначені й інші міжнародні організації створюють достатню систему критеріїв для розгляду національними урядами планованих обмежень, яка передусім передбачає їхню підготовку й ретельне опрацювання, необхідність реагувати на розвиток епідемічної ситуації рішуче й терміново призвела до того, що деякі заходи виявлялися непотрібними, незаконними, непропорційними й фактично свідчили про неповагу до прав людини. Як наслідок, натепер сформована досить значна практика оскарження конституційності рішень органів публічної влади, якими запроваджені карантинні обмеження, та вироблений ряд юридичних позицій орга-

нів конституційної юстиції щодо дотримання принципу пропорційності в разі обмеження прав і свобод людини й громадянина.

Одним із найбільш дискусійних стало обмеження свободи віросповідання запровадженими протиепідемічними заходами. Свободу віросповідання визначають як одне з природних прав людини, можливість вчиняти такі діяння, за допомогою яких приймаються, змінюються та сповідаються релігійні або інші переконання [5, с. 369]. Межі здійснення цієї свободи визначені як у міжнародних документах із прав людини, так і на національному рівні. Саме на національному й додатково на локальному рівнях стали впроваджуватися основні обмеження свободи віросповідання в умовах пандемії, що спричинило досить гостру дискусію. Прагнення церкви забезпечити право осіб на участь у богослужіннях і необхідність забезпечити соціальну дистанцію та мінімізацію контактів стали причиною ухвалення ряду судових рішень щодо доцільності таких обмежень.

Однією з країн, де свобода віросповідання в умовах пандемії стала об'єктом дискусії, є США. У листопаді 2020 року Верховний Суд США виніс рішення проти введеного губернатором Нью-Йорку обмеження на проведення богослужінь [6]. Обмеження передбачали відвідування церкви в межах до 10 або до 25 осіб залежно від того, в якій зоні перебуває територія проведення богослужінь – в «червоній» або «помаранчевій» зоні. Попри критику, що Верховний Суд надає привілеї релігії, а також не сприймає пандемію серйозно, перевага була видана захисту свободи віросповідання. Голова Верховного суду США Робертс відмітив, що обмеження відвідувати церкви до 10 або до 25 осіб здаються надмірно жорсткими [7], тому Суд визнав ці обмеження такими, що порушують право на свободу віросповідання, гарантовану Першою поправкою до Конституції США.

Показовим також є ще одне рішення Верховного Суду США, яким 05 лютого 2021 року було визнано недійсною повну заборону Каліфорнії на богослужіння в приміщеннях. Раніше в Каліфорнії були найсуворіші обмеження в країні, які взагалі забороняли релігійні обряди, хоча діяльність світських компаній, зокрема роздрібних магазинів і кіностудій, водночас була дозволеною. Верховний Суд США, як і в попередньому випадку, визнав, що це порушує свободу віросповідання. У відповідь на це рішення вже наступного дня у Каліфорнії була скасована заборона на церковну службу в приміщенні, проте з обмеженням у 25% від місткості церков [8].

Схожі обмеження були встановлені й в інших штатах, проте єдиної суддівської позиції немає. У зазначених вище випадках рішення виносились із незначною перевагою голосів. Показовими для майбутньої практики є окремі думки суддів Верховного Суду США в розглядуваних справах. Наприклад, суддя Сотомайор зазначила, що, попри недопустимість дискримінації церкви з боку держави, карантинні обмеження здатні врятувати життя [9]. А суддя А. Самуель Аліто-молодший, навпаки, зауважив, що суди повинні відігравати важливу роль у захисті релігійної свободи, незалежно від того, є пандемія чи ні: «Ми зобов'язані захищати Конституцію, та навіть надзвичайна ситуація в галузі охорони здоров'я не звільняє нас від цієї відповідальності» [9].

Важливою також вбачається суддівська позиція щодо можливості відступити від традиційної перевірки на конституційність під час розгляду справ про карантинні обмеження. Зокрема, Суддя Бернал підтримав такі обмеження як такі, що мають бути виключенням із традиційного конституційного контролю, та зазначив, що надзвичайні дії мають бути визнані конституційними, якщо вони (1) мають «реальне або істотне відношення до кризи» й (2) не «являють собою явне, відчутне порушення захищених прав» [10]. Вважаємо, що ця та інші позиції суддів

можуть стати досить переконливими аргументами під час розгляду подібних справ як в середині країни, так і в разі розгляду подібних справ органами конституційної юрисдикції інших держав.

Не менш дискусійною стала й свобода пересування, яка була значно обмежена урядами багатьох країн. Це викликало негативну реакцію населення та стало предметом розгляду конституційних судів. Попри це, юридичні позиції з приводу обмеження свободи пересування є протилежними. Наприклад, не вважає незаконними дії уряду щодо обмеження свободи пересування Конституційний Суд Російської Федерації. Він зазначив, що обмеження свободи пересування є конституційним, оскільки було тимчасово введено з метою захисту життя та здоров'я громадян під час надзвичайної ситуації, пов'язаної з пандемією COVID-19, і відповідає рекомендаціям Всесвітньої організації охорони здоров'я щодо обмеження соціальної взаємодії та запровадження карантинних заходів. Незважаючи на законодавчу можливість встановлення регіональних обмежувальних заходів лише після оголошення федеральним урядом надзвичайної ситуації, Конституційний Суд дійшов висновку про конституційність превентивних заходів із боку регіональних й місцевих органів влади [11].

У Боснії та Герцеговині, навпаки, Конституційний Суд звернув увагу на проблеми порушення норм Конституції під час запровадження заходів для боротьби з COVID-19 в контексті забезпечення свободи пересування. На початку пандемії урядом було введено загальне обмеження пересування для неповнолітніх та осіб старше 65 років як найбільш уразливих до інфікування вікових груп. А 22 березня 2020 року в одному з кантонів було ухвалено рішення про заборону громадянам Боснії та Герцеговини в'їзду на відповідну територію. Цей захід був жорстко критикований як неконституційний і такий, що створює загрозу політичного перевороту, й був скасований протягом декількох годин. Конституційний Суд, розглядаючи можливість обмежень свободи пересування, визнав це порушенням прав людини з недотриманням принципів пропорційності й обґрунтованості через відсутність пояснення причин повної заборони на рух, невизначеність джерел для прийняття такого рішення, що позбавило можливості оцінити наукову обґрунтованість обмеження, а також відсутність чітко встановлених строків дії обмеження. Хоча водночас орган конституційного контролю зауважив, що, враховуючи наявну ситуацію, певні заходи, безперечно, мають бути запроваджені. Бездіяльність влади в умовах пандемії означала б порушення її позитивного обов'язку захищати права людини [2]. Отже, в такому випадку орган конституційного контролю визнав важливішим дотримання принципу законності й пропорційності під час запровадження карантинних обмежень. Адже неврахування владою принципу пропорційності й ненадання певної інформації щодо епідемічної ситуації та запровадження обмежень може створити серйозну загрозу довіри громадян до влади в майбутньому.

Заборона роботи окремих підприємств, установ, організацій в умовах пандемії також є важливим і досить гострим питанням сьогодення. Економіка більшості країн світу зіштовхнулася із серйозними викликами й зазнала значного спаду в порівнянні з показниками до пандемії. Об'єктивна неможливість забезпечити дистанційну роботу всім верствам населення зумовила активний супротив підприємств на заборону торгівлі, роботи магазинів, розважальних закладів, театрів, музеїв тощо.

Зокрема, в Чехії в лютому 2021 року Конституційний Суд Республіки Чехія скасував загальну урядову заборону роздрібного продажу й надання послуг у певних цегельних і будівельних магазинах. Урядовий указ, прийнятий 28 січня 2021 року, запровадив заборону на всі продажі й послуги на місці, крім 36 чітко визначених категорій основних товарів і послуг. У своєму рішенні Суд під-

твердив повноваження чеського уряду обмежувати деякі основні права під час введення надзвичайного стану, а також визнав законну мету й надзвичайний характер антипандемічних заходів у поєднанні з тиском на уряд вжити рішучих дій [12]. Поряд із цим Конституційний Суд Республіки Чехія зауважив, що кризові заходи повинні базуватися на об'єктивному й розумному обґрунтуванні, чого не зміг надати чеський уряд, довільно встановивши перелік необхідних товарів і послуг, що було визнано порушенням принципу недискримінації.

Аналогічна судова практика була в США. Так, із причин необґрунтованості й дискримінаційності федеральний суд у Мічигані визнав неконституційним закон штату, який забороняв відкривати спортзали, але не забороняв басейни, ресторани, бари й салони, через брак наукового обґрунтування необхідності закриття саме спортзалів. А в рішенні окружного суду США в Західному окрузі Пенсильванія "County of Butler v. Wolf" дискримінаційним визнано надання можливості проводити торгівлю будівельними матеріалами одним магазинам і ненадання іншим [13].

Окремо варто зазначити ще одну проблему, пов'язану із запровадженням карантинних обмежень, – перевищення виконавчою владою повноважень. З одного боку, саме органи виконавчої влади здатні оперативніше реагувати на сучасні виклики, зумовлені пандемією. З іншого, – необхідність забезпечення принципу конституційної законності й об'єктивне послаблення парламентського контролю у випадку наділення уряду додатковими повноваженнями з боротьби з COVID-19 поставили питання конституційності таких дій.

Наприклад, із метою запобігти поширенню COVID-19 органи державної влади Грузії, як і більшості країн світу, також впровадили різного роду обмеження. Водночас країна пішла досить поширеним шляхом – під час запровадження карантинних заходів була значно обмежена роль законодавчого органу, а повноваження уряду були розширені. Зокрема, урядом було введено комендантську годину, запроваджено дистанційну освіту, обмежено рух транспортних засобів, заборонено використання автомобілів більш ніж трьома особами, встановлено обов'язок носити маски, а особам старше 70 років було заборонено залишати свої будинки. Проаналізувавши характер і спосіб встановлених обмежень, експерти зауважили, що охорона здоров'я є важливою законною метою діяльності держави, проте вона не може слугувати виправданням неконституційного обмеження прав людини. Роль парламенту особливо важлива в такій ситуації, насамперед в аспекті забезпечення парламентського контролю за діяльністю уряду в умовах значного розширення повноважень органів виконавчої влади, що створює ризик демократичного розвитку країни [14].

Логічним наслідком значного комплексу заборон стали звернення щодо оскарження конституційності нормативно-правових актів, ухвалених для управління кризовими ситуаціями в галузі охорони здоров'я, які запровадили зазначені обмеження. Заявники стверджували, що закони не відповідають офіційним конституційним стандартам щодо обмеження таких основних прав і свобод, оскільки парламент не пройшов попередніх необхідних процедур делегування відповідних повноважень виконавчій владі. Проте Конституційний Суд Грузії не розділив більшість аргументів заявників, стверджуючи, що ізоляція осіб, передбачена Постановою Уряду від травня 2020 року, не означає обмеження конституційно гарантованої особистої свободи. Серед аргументів був вільний доступ до засобів комунікації, в тому числі до Інтернету, без будь-яких обмежень. Суд також стверджував, що введення тимчасових норм щодо охорони здоров'я населення, включаючи ті, що зачіпають свободу пересування, свободу зібрань чи майнові права, не є питанням «принципового значення» для того, щоб вимагати законодавчих рішень. Однак Суд визнав неконституційним дозволяти виконав-

чій владі обмежувати трудові права, аргументуючи це тим, що така зміна мала відбутися шляхом внесення змін до органічного закону (Трудового кодексу Грузії), а не через закон про охорону здоров'я [15].

Принагідно зауважимо, що аналогічна проблема є актуальною і для України. 29 травня 2020 року пленум Верховного Суду звернувся до Конституційного Суду України й оскаржив окремі положення постанови уряду № 392, яка закріплювала встановлені на той час в Україні карантинні обмеження, а також ряд положень Законів України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», «Про внесення змін до закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік».

Розглядаючи конституційне подання, Конституційний Суд України висловив декілька важливих юридичних позицій, серед яких відзначимо таку: обмеження конституційних прав і свобод людини й громадянина є можливим у випадках, визначених Конституцією України. Таке обмеження може встановлюватися виключно законом – актом, ухваленим Верховною Радою України як єдиним органом законодавчої влади в Україні. Установлення такого обмеження підзаконним актом суперечить ст. ст. 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України [16]. Тобто обмеження конституційних прав і свобод можливе виключно у випадках, встановлених Основним Законом країни, а також лише у визначеній формі. Вважаємо, що це цілком кореспондує ідеї правової держави, в якій всі органи публічної влади мають неухильно дотримуватись принципу конституційної законності [17, с. 75]. Проте маємо відзначити протилежну Конституційному Суду Грузії юридичну позицію, що свідчить про відсутність єдиних підходів до каран-

тинних заходів і про необхідність подальших досліджень обмеження прав і свобод людини й громадянина в умовах пандемії, зокрема з боку дотримання принципу пропорційності й конституційної законності.

На підставі проведеного дослідження можна стверджувати, що натеper практика оскарження конституційності карантинних обмежень ще не сформована остаточно. Можливість посягання на індивідуальні свободи для подолання глобальної пандемії нині стала нагальним і гострим питанням. Обмежувальні заходи можуть визнаватись законними, якщо вони були введені відповідно до встановлених процедур, із метою охорони здоров'я та з дотриманням вимог щодо запровадження надзвичайних заходів. У цих умовах надзвичайно важливою є функція конституційного контролю, що здійснюється органами конституційної юрисдикції, які здатні як не допустити перевищення повноважень органами державної влади, так і зобов'язати населення дотримуватись законних приписів щодо дотримання карантинних заборон.

Поряд із цим в окремих країнах боротьба з поширенням COVID-19 була поставлена судами на перше місце, що створює передумови для надання надзвичайних повноважень органам виконавчої влади й створює загрозу порушення конституційної законності. Тому кожне встановлене обмеження потребує постійного моніторингу й аналізу щодо відповідності епідемічній ситуації, впливу на населення загалом і його окремі, особливо вразливі, категорії. Очевидно, що в умовах пандемії питання щодо пропорційності обмежувальних заходів і законності їх запровадження буде тривалий час актуальним і не отримає однозначного розв'язання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод Міжнародний документ від 04 листопада 1950 р. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
2. Human Rights in times of COVID-19. Identified omissions in realization of human rights in Bosnia and Herzegovina. Banja Luka – Sarajevo, 2020. 56 p. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/7/7/470667.pdf>.
3. Главная правозащитница ООН: пандемия выявила проблемы в сфере прав человека и усугубила их. *Новости ООН*. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/06/1381162>.
4. Эксперты ООН: пандемия не должна служить оправданием незаконного лишения свободы. *Новости ООН*. URL: <https://news.un.org/ru/story/2020/05/1377802>.
5. Ярмол Л.В., Тучапець І.Б. Захист свободи віросповідання Європейським судом з прав людини (загальнотеоретичні аспекти). *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія : *Юридичні науки*. 2015. № 824. С. 368–372.
6. Roman catholic diocese of Brooklyn, New York v. Andrew m. Cuomo, governor of New York on application for injunctive relief. *Supreme Court of the United States*. November 25, 2020. URL: https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/20a87_4g15.pdf.
7. Shapiro I. Supreme Court Rules that Constitution Matters, Even in a Pandemic. *Cato Institute*. November 30, 2020. URL: <https://www.cato.org/blog/supreme-court-rules-constitution-matters-even-pandemic>.
8. U.S. Supreme Court ended California's draconian worship ban. *Becket. Religions Liberty for All*. URL: <https://www.becketlaw.org/case/gateway-city-church-v-newsom/>.
9. Liptak A. Splitting 5 to 4, Supreme Court Backs Religious Challenge to Cuomo's Virus Shutdown Order. *The New York Times*. November 26, 2020. URL: <https://www.nytimes.com/2020/11/26/us/supreme-court-coronavirus-religion-new-york.html>.
10. Hudson Jr. D.L. COVID-19 emergency measures and the First Amendment. *Fire*. December 17, 2020. URL: <https://www.thefire.org/first-amendment-library/special-collections/covid-19-emergency-measures-and-the-first-amendment/>.
11. Roudik P. Russian Federation: Constitutional Court Says Movement Restrictions during Pandemic Are Legal. *Library of Congress*. January 27, 2021. URL: <https://www.loc.gov/law/foreign-news/article/russian-federation-constitutional-court-says-movement-restrictions-during-pandemic-are-legal>.
12. Kučera Z., Jiří Maršál J. Czech Republic: Czech Constitutional Court Overturns COVID-19-related Store Closures. *Mondaq*. 24 February 2021. URL: <https://www.mondaq.com/constitutional-administrative-law/1039882/czech-constitutional-court-overturns-covid-19-related-store-closures>.
13. Hull Eikhoff K., Plunkett S., Martin-Patterson R., Levine J.A., Clow G.H. Litigation Advisory: Constitutional Challenges to Pandemic Restrictions: What's Happening Now. *Alston & Bird*. URL: <https://www.alston.com/en/insights/publications/2020/09/constitutional-challenges-to-pandemic/>.
14. Managing the Challenges of COVID-19 Government Actions Evaluation Report. *Transparency International Georgia*. 14 July, 2020. URL: <https://transparency.ge/en/post/managing-challenges-covid-19-government-actions-evaluation-report>.
15. Court OKs COVID Restrictions, Rule by Decree. *Civil.ge*. 12 February 2021. URL: <https://civil.ge/archives/397025>.
16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» № 10-р/2020 від 28 серпня 2020 року / Конституційний Суд України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-20#Text>.
17. Murtishcheva A.O. Coronavirus restrictions: necessary reaction to pandemic and the observance of proportionality principle (Ukrainian and other countries' experience). *European potential for the development of legal science, legislation and law enforcement practice* : International scientific and practical conference, conference proceedings, February 26–27, 2021. Wloclawek, Republic of Poland : "Baltija Publishing", 2021. P. 73–77.

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВОГО СТАТУСУ АВТОНОМІЇ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: НА ПРИКЛАДІ ПІВНІЧНОЇ ІРЛАНДІЇ, ГОНКОНГУ ТА КОРСИКИ

PECULIARITIES OF THE CONSTITUTIONAL AND LEGAL STATUS OF AUTONOMY IN FOREIGN COUNTRIES: ON THE EXAMPLE OF NORTHERN IRELAND, HONG KONG AND CORSICA

Новицький Д.В., студент III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Пісоцький А.Ф., студент III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено конституційно-правові характеристики автономних утворень у складі деяких сучасних держав на прикладі Північної Ірландії, Гонконгу та Корсики. Досліджено передумови виникнення автономії, особливості їх формування та специфіку сьогоднішнього підходу до регулювання відносин з органами влади країни, частиною якої вони є. Здійснено порівняння статусу Північної Ірландії з такими регіонами Великобританії, як Уельс та Шотландія, на підставі чого виокремлено подібні та відмінні ознаки між ними. Розглянуто основні особливості автономії в Гонконгу в складі Китайської Народної Республіки, обмеження та можливі ризики подальшого розвитку. Приділено увагу історичному аспекту виникнення автономії, який і зумовив формування цього статусу зі всіма перевагами та недоліками. Особливу увагу приділено договору між Великобританією та Китаєм і Конституції цього автономного утворення, яка виникла внаслідок цього договору, що визначили політичне положення Гонконгу на 50 років. Проаналізовано статус та повноваження органів виконавчої, законодавчої та судової влади у регіоні, їх співвідношення з центральними органами влади. Також зроблено аналіз статусу Гонконгу в здійсненні військових повноважень, поширення юрисдикції судів на цю сферу. Досліджено сучасний стан політичної автономії Корсики, історичні моменти становлення та сучасний стан. Авторами розглянуто політику Франції, яка й зумовила саме такий статус Корсики. На підставі аналізу закону про статус цього регіону встановлено положення та повноваження органів виконавчої та законодавчої влади автономії. Розглянуто питання розвитку культури, зокрема проблему мовної ситуації, яка склалась на острові. За результатами дослідження авторами зроблено висновок про оптимальність упровадження різних моделей автономії.

Ключові слова: автономія, держава, адміністративно-територіальний устрій, Північна Ірландія, Гонконг, Корсика.

In this article were examined the constitutional and legal characteristics of autonomous entities in some modern states, such as Northern Ireland, Hong Kong and Corsica. The authors examined the prerequisites for the emergence of autonomies, the peculiarities of their formation and the specifics of today's approach to regulating relations with the authorities of the country of which they are a part. The status of Northern Ireland was compared with some other regions of Great Britain, such as Wales and Scotland, on this basis there were distinguished similar and different features between them. Key characteristics of autonomy in Hong Kong, as part of the People's Republic of China, limitations and any risks of further development were analyzed in the article. Careful attention was given to the historical dimensions of the occurrence of autonomy, which led to the establishing of this status with all the advantages and disadvantages. The special attention is paid to the agreement between Britain and China and the Constitution of this autonomous entity, which arose as a result of this agreement and defined the political situation in Hong Kong for 50 years. In the article were also analyzed the status and powers of executive, legislative and judicial branches in the region, their relationship with central authorities. The status of Hong Kong in the commission of military empowerment and the disseminating jurisdiction of courts in this area were also analysed. The current state of political autonomy of Corsica, historical moments of its formation. Furthermore authors considered the policy of France, that is more has led to the such status of Corsica. Based on the analysis of the act concerning the status of the region, it have been established he relevant provisions and established authority of the executive and legislative bodies of the autonomy. It has been established the importance of the issue of cultural development and the problems of the language situation in the islands. According to the results of the study, the authors concluded which of the implementation of various models of autonomy is optimal.

Key words: autonomy, state, administrative-territorial division, Northern Ireland, Hong Kong, Corsica.

Протягом майже всієї історії розвитку вітчизняної правової системи, законодавець звертався до зарубіжного досвіду регулювання того чи іншого інституту з метою «виявлення найбільш позитивного досвіду». Такий підхід не є новим, адже в усі часи було запозичення практики впровадження та регулювання того чи іншого політичного, економічного чи правового інститутів. Хоча відомий державний діяч Магатма Ганді казав, що «грам власного досвіду коштує дорожче, аніж тонна чужих настанов», незважаючи на це, досвід можна здобувати з урахуванням чужих помилок. Обидва підходи не вичерпують одне одного, саме тому доречно розглянути і поміркувати над помилками, щоб уникнути власних. Питання стосовно конституційно правового статусу органів влади регіонів і місцевих органів влади є досить важливим аспектом існування кожної держави, адже інститут автономії відіграє важливу роль у державному устрої багатьох країн. Є різні передумови історичного, політичного, економічного характеру, що зумовлюють появу автономних утво-

рень у різних країнах, які б могли стати прикладом для вивчення цього питання та його аналізу. Кожна країна шукає свій шлях до врегулювання відносин зі своїми територіями, щоб зберегти мир та територіальну цілісність. Часто центральна влада йде на певні поступки заради компромісного рішення, яке б задовольнило всі сторони. Підходів, які можуть бути застосовані у цьому контексті, є чимало, але жоден із них не є універсальним. Саме тому мета цієї роботи полягає у висвітленні різних моделей та особливостей, у наданні автономних повноважень на яскравих прикладах трьох регіонів різних країн світу.

У цьому контексті ми вважаємо за доречне проаналізувати питання автономії Північної Ірландії у складі Сполученого Королівства Великої Британії (далі – Великобританія), її історичний аспект, особливості формування та специфіку сьогоднішнього підходу до врегулювання статусу цієї територіальної одиниці.

Основні принципи й інститути сучасного державного управління у Великобританії склалися протягом

досить тривалого періоду часу. Отож, відмінною рисою цієї системи є її архаїчність, вплив авторитету, традицій і норм, які не мають законодавчого оформлення, проте впливають на реальний процес управління країною. Відмінною характеристикою Британського конституційного права є його некодифікованість, тобто немає будь-якого єдиного документа, який можна було б назвати основним законом країни. До того ж не існує навіть точного переліку документів, які б стосувались Конституції. Виділяють чотири складники Конституції: статутне право, прецедентне право, конституційні угоди та доктринальні джерела, які є додатковим джерелом [1]. Саме таке різноманіття складових частин Конституції створило ситуацію, коли взаємовідносини з різними територіями вирішуються шляхом укладання відповідних актів щодо відповідного статусу території. Історично кожне приєднання території до Об'єднаного королівства закріплювалося відповідними нормами. Ще у 1535 році ухвалено перший Акт про унію Англії й Уельсу, який формально затвердив приєднання Уельсу до Англії. У 1707 році парламентами Шотландії та Англії також був ухвалений Акт про унію, який передбачав об'єднання двох держав в одну – Великобританію. Вже набагато пізніше (у 1801 році) ухвалено Акт про об'єднання з Ірландією з тими самими, здавалося б, наслідками, проте історія згодом показала, що питання щодо Ірландії неодноразово з'являлося на порядку денному. Сучасні особливості конституційного регулювання становища цього регіону та унікальність його історичного шляху й будуть розглянуті в цій роботі. Окремо слід сказати про те, що одночасно з такими перетвореннями всередині країни розвивалася й система місцевого управління, яка виникла у Великобританії та дістала назву англосаксонської. Вона отримала чималу популярність у сучасному світі. Таким чином, сучасний територіальний устрій Об'єднаного королівства Великої Британії, становлення якого відбувалося століттями, наразі складається з чотирьох адміністративно-територіальних частин: Англії, Уельсу, Шотландії та Північної Ірландії [2].

Відповідно до одного з вищезгаданих конституційних актів – Акта Корони Ірландії 1542 року – англійські монархи (відповідно до особистої унії) обіймають посаду глави держави в Північній Ірландії. Важливим моментом у політичній історії регіону був 1920 рік, адже саме тоді країна отримала політичну (законодавчу) автономію разом з ухваленням британським парламентом Акта, покликаного забезпечити краще управління Ірландією, відповідно до якого острів було поділено на такі дві самоврядні частини, як Південна та Північна Ірландія. Договір санкціонував поділ країни на дві частини та зберіг владу Великобританії в Північній Ірландії зі столицею в Белфасті. У 1921 році були підписані Статті угоди за договором між Великобританією та Ірландією. Так, цей договір ознаменував створення сучасного формату існування зносин між Північною Ірландією та Сполученим Королівством.

У 1948 році Північна Ірландія набула статусу домініону відповідно до Акта про Ірландію 1949 року, при цьому залишившись єдиним регіоном у королівстві, для якого передбачене право на сесією шляхом загальнонаціонального референдуму. Ця угода також установила консолідаційну форму демократії, за якою передбачається обов'язкова політична рівновага під час розподілу політичних сил та призначення посадовців [3].

Повертаючись до вищезгаданих історичних передумов, потрібно зазначити, що Англія не має особливих органів управління (хоча вона вважається основною частиною Великобританії і навколо неї і була створена країна), адже нею керують загальнодержавні органи Великобританії, а ось для інших трьох регіонів завжди було властиве прагнення до розширення своїх повноважень і навіть сепаратизм. Але з усіх складових частин Великобританії юридично політичну автономію отримала саме

Північна Ірландія, яка (відповідно до англо-ірландського договору про розподіл території) складається з шести графств.

Після отримання Північною Ірландією статусу автономії тут почав діяти парламент у складі сенату (два члени за посадою і двадцять чотири – виборні (з фіксованим терміном повноважень)), палати громад (п'ятдесят членів, які обираються на п'ять років) і губернатора, який призначається королем на шість років. Однак навіть цей парламент з обмеженими повноваженнями перестав діяти у зв'язку з постійними протистояннями і жорстокими сутичками мешканців на релігійному ґрунті. Спроби британського уряду відновити в Північній Ірландії правопорядок виявилися неефективними, що призвело до запровадження на її території прямого керівництва з Лондона. Пізніше (відповідно до Акта про Північну Ірландію 1998 року) був обраний парламент Північної Ірландії, який почав діяти з 1999 року. Згідно з результатами Акта в Північній Ірландії діє однопалатний регіональний парламент – Асамблея Північної Ірландії, що обирається на прямих виборах і є регіональним виконавчим органом, відповідальним перед регіональним парламентом. До складу Асамблеї Північної Ірландії входить 108 депутатів. Асамблея Північної Ірландії відповідає за сільське господарство, освіту, охорону здоров'я, соціальну роботу, інфраструктуру, поліцію і систему юстиції. Крім цього, Асамблея Північної Ірландії може ухвалювати закони щодо культури, мистецтва, ринку праці та регіонального розвитку, які, звісно, повинні бути схвалені Королевою Великобританії [4].

Пізніше (актом від лютого 2000 року) діяльність парламенту та виконавчих органів Північної Ірландії було припинено, що фактично означало пряме управління автономією. У 2002 році Парламент Північної Ірландії був розпущений. Тільки у березні 2007 року в Північній Ірландії сталися нові парламентські вибори, а також відновилися діяльність ірландського уряду [5]. Після чергового випадку активності з боку окремих громадських угруповань було схвалено нову концепцію відносин між Белфастом і Лондоном у вигляді Белфастської угоди, яка базувалася на принципах консолідаційної демократії та спиралася на чотири основні принципи: розподілу прерогатив виконавчої влади між представниками територіальних громад, пропорційності норм під час обрання всіх органів влади, автономії і рівності громад, права вето для меншин. Саме завдяки цій угоді модель деволуції Північної Ірландії, яка, до слова, становить передавання центральними урядовими органами частини своїх повноважень місцевим органам влади, якісно відрізняється від моделі Шотландії та Уельсу [6]. Головні відмінності: визнання права регіону на самовизначення і вихід зі складу Сполученого Королівства, включення угоди до пунктів британо-ірландського договору. Закріплено створення нового представницького органу – Міністерської Ради «Північ-Південь», яка розглядає питання взаємного інтересу та підтримує основи поваги прав людини і принципу чесності як моральних стрижнів [7].

Серед учених немає єдиної думки щодо сьогоденного правового статусу Північної Ірландії. Автори різних наукових праць зазначають, що автономія Північної Ірландії у складі Великобританії є «досить своєрідною» та «найбільш вибухонебезпечною» [8]. Отже, сучасні трансформації у статусі Північної Ірландії пов'язані зі зміною моделі місцевого управління. Так, у 2015 році були оголошені причини, що спонукали уряд почати муніципальну реформу. Дані показали, що лише 15% британців відчувають, що можуть впливати на рішення, які ухвалюють у громаді. За даними того ж дослідження, навіть серед громадян, активно залучених до процесів ухвалення рішень на першому рівні, 56% не вірять у можливість досягнення значущих змін [9].

Окрім цього, загострення відбулося також у 2016 році, коли виборці на всій території Сполученого Королівства

голосували на референдумі стосовно членства в Європейському Союзі (далі – ЄС). Тоді як на всій території Великобританії в цілому 52% підтримали вихід із ЄС, а 48% проголосували за вихід із союзу, в Північній Ірландії ідею залишитися підтримали 56% виборців, а 44% були проти. Після цих подій північно-ірландський кордон, який був демілітаризований відповідно до Белфастської угоди, став предметом тривалих переговорів між Великобританією та ЄС. Ситуація настільки загострилася, що у 2017 році керівниця Асамблеї Північної Ірландії зробила заяву стосовно суспільних настроїв щодо проведення Референдуму єднання Ірландії. Врешті-решт питання було тимчасово «заморожене» за допомогою вищезгаданих повноважень Асамблеї Північної Ірландії, які і дозволили їй, не дивлячись на те, що Сполучене Королівство вийшло з ЄС, залишити чинними на території всього регіону певні норми, що діяли на момент членства країни в союзі [10]. Проте стабільність ситуації залишається під питанням, адже останні події у Північній Ірландії 2021 року стосовно неоднакового ставлення різних верств населення до виходу країни з Європейського Союзу створили ситуацію занепокоєння на території всієї країни [11].

Триває початий у 2018 році дискурс стосовно продовження терміну деволуційних повноважень, що були надані Північній Ірландії, строк дії яких спочатку продовжили на рік, а наразі ще й досі відбуваються офіційні міжурядові перемовини, які супроводжуються поодинокими, але яскравими випадками вираження незгоди стосовно статусу регіону. На думку багатьох науковців, Великобританія намагається всіма доступними шляхами подолати можливу кризу в регіоні та зберегти стабільність і контроль над ситуацією завдяки залученню доступних їй дипломатичних ресурсів [10].

Так чи інакше дати об'єктивну оцінку ситуації в Північній Ірландії нині важко. Становище конституційних інститутів у регіоні залишається під питанням через їх нестабільність, оскільки останні не закріплюються як постійний механізм регулювання взаємовідносин між органами центральної влади країни та автономними органами влади в регіоні. Аналіз ситуації у Північній Ірландії дає неабиякий поштовх для пошуку нових форматів упровадження конституційних моделей адміністративно-територіального устрою, які б відповідали вимогам часу.

Іншим прикладом регіону з широкими автономними повноваженнями є Гонконг. Аналіз законодавства, історичних та культурних передумов формування його автономії дозволить провести паралелі з вищеведеним прикладом подібного за своїм конституційним статусом регіону та знайти спільності та відмінності у конституційних статусах.

Відповідно до Конституції Китаю Гонконг (Сянган) – спеціальний адміністративний район Китайської Народної Республіки (далі – КНР) [12]. Визначаючи правове становище Сянгана, слід звернутися до його адміністративно-правового статусу в минулому. Так, Гонконг перебував під суверенітетом Великобританії до 1997 року, поки КНР не отримала ці території внаслідок підписання декларації 1984 року. Відповідно до положень декларації Великобританія зобов'язувалась передати ці території Китаю в 1997 році [13]. Правовий статус Гонконгу було закріплено не лише в декларації, а й у Конституції цієї спірної території КНР (Основний Закон Сянгана), затвердженої спільно з нею. Відповідно до цих положень органам влади Гонконгу надано широку автономію. Договором запроваджено правовий режим із назвою «Одна країна – дві системи» та курс «Гонконгом керують самі гонконгці в умовах високого ступеня автономії». На противагу статті 1 Конституції встановлено, що Сянган є невід'ємною частиною КНР [14].

Проаналізувавши ці нормативно-правові акти, можна виокремити декілька особливостей правового статусу Гонконгу. Першою і, напевно, головною особливістю пра-

вового статусу Гонконгу, з якої походять й інші властивості, є положення статті 2 Конституції, відповідно до якої Національний Народний Конгрес уповноважує Спеціальний Адміністративний Регіон (далі – САР) Гонконгу на здійснення своєї автономії у сфері законодавчої, виконавчої та судової влади та надає виключне право на остаточне судове рішення [14].

Наступною властивістю правового статусу Гонконгу є закріплення в Основному Законі політичної системи суспільства, яка відрізняється від політичної системи, яка склалась у КНР. Так, згідно зі статтею 5 Конституції на території не застосовується та не діє соціалістична система і політика, а капіталістична система, яку запровадила Великобританія, та образ життя має залишатися до кінця дії декларації незмінним. Тим самим відображається один із головних пунктів спільної британсько-китайської декларації, закріпленої в преамбулі конституції Гонконгу [14].

Незважаючи на те, що судова система Гонконгу була змінена після приєднання цієї території до КНР, вона залишається автономною. Так, у судову систему входять: Магістратські суди і Трибунали, Районний суд, Високий суд, Суд першої інстанції та Апеляційний суд останньої інстанції. Трибуналами визнаються суди нижчого рівня, до яких належать як загальні, так і спеціалізовані: Суд за трудовими спорами, Суд щодо земельних спорів, а також Суд у справах цінних паперів. Також мають місце суди присяжних, створені за британським зразком. Винесені судами рішення не можуть бути оскаржені в судових органах КНР [15]. Таким чином, Гонконг має право на самостійне адміністративне управління регіоном і на незалежне судочинство. Однак судові органи не можуть брати участь у розгляді справ, які стосуються державної оборони, зовнішньої політики та інших прерогатив КНР.

Загальнонаціональні закони КНР на території САР не діють, окрім трьох нормативних правових актів, серед яких: закони КНР про громадянство, про морські територіальні води і прилеглі території, Положення про дипломатичні привілеї та імунітети. Проте в разі оголошення Постійним комітетом воєнного чи надзвичайного стану в Гонконзі КНР може видати указ про введення в дію на території необхідних загальнодержавних законів [16]. Окрім цього, до компетенції КНР належать також питання державної оборони і зовнішньої політики.

Нетрадиційним у вирішенні є і питання регулювання діяльності збройних сил КНР і Сянгана. Так, 30 грудня 1996 року було ухвалено Закон КНР «Про гарнізоні Особливого адміністративного району Сянган». Закон регулює право КНР на розміщення військового гарнізону в Гонконзі. Керівництвом та витратами гарнізону займається Центральний уряд. Останній домігся не тільки самого розміщення військ на території острова, а й їх імунітету. Тобто закони Гонконгу не поширюються на діяльність гарнізону і не можуть жодним чином заважати його роботі. Будь-які злочини, вчинені гарнізоном, розглядаються Військовими судами КНР. При цьому гарнізон усе-таки не може втрутитись у місцеві справи Гонконгу [16].

Проте у віданні виконавчої влади Сянгану є повноваження у сфері громадського порядку в регіоні. Уряд за згодою центральної влади має право на використання місцевих військ задля підтримання громадського порядку та подолання наслідків стихійних лих. Військовослужбовці збройних сил повинні дотримуватись не лише національних законів, а й законодавства Гонконгу. Втрати, понесені перебуванням та діяльністю військ, несе центральна влада [14]. Таким чином, КНР наділяє Сянган певною самостійністю в здійсненні військової сили на власній території.

Ще однією особливістю правового статусу Району є закріплення «двомовності» в регіоні, що зумовлено наслідком колонізації цих земель Великобританією та впровадженням тут своєї культури та норм права. Так,

у Гонконгу зараз діють дві державні мови: англійська та китайська [17].

Проаналізувавши законодавство Гонконгу, можна вказати на його неоднозначне становище щодо так званої «широкої автономії». Обмеження простежуються в підпорядкованості Сянгану ЦНУ, положенні військових сил, їх розміщенні та керівництві ними КНР, можливості застосування загальнонаціональних законів у деяких випадках тощо. Попри ці питання, в яких сторони хоча б дійшли консенсусу, існують неврегульовані питання між КНР і Гонконгом. Це проблема виборчої системи, оскільки Сянган говорить про власну систему, а Китай робить спроби обмежити автономію щодо цього. Гострим залишається питання політичної системи. Ця проблема не перебуває на порядку денному, проте після закінчення строку дії декларації у 2047 році існує велика ймовірність того, що КНР зробить спробу переглянути відносини з Великобританією, щоб установити абсолютну владу в цьому регіоні.

Ще однією автономією, на яку хотілось би звернути увагу, є Корсика, яка, звісно, відрізняється передумовами отримання автономії та має свої особливості. Оскільки вона розміщується у Франції, доцільно проаналізувати історію цієї держави через призму територіального устрою та політичної системи, яка там існувала та існує зараз, що прояснить передумови існування автономії Корсики.

«Єдина і неподільна» республіка – це поняття, яке сформувався внаслідок революції 1789 року і досі визначає адміністративний, територіальний і національний устрій Франції. Внаслідок цієї політики своєрідно сформувались і відносини між Францією та Корсикою, статус якої вирізняє безліч етнічних, географічних, демографічних, історико-культурних і економічних чинників [18].

У 1991 р. Конституційна рада Франції, здійснюючи попередній конституційний контроль щодо Закону про статус о. Корсика, визначила, що згадка в законі про «корсиканський народ» суперечить Конституції країни, в якій ідеться про єдину націю. Закон ухвалений у компромісній редакції: «Французька Республіка гарантує ... корсиканському народу – складовій частині французького народу – право на збереження його культурних особливостей і на захист його специфічних соціальних і економічних інтересів, ... якщо вони не завдають шкоди національній єдності і цілісності Франції» [18, с. 136–140].

Згідно із законом 1991 р. Корсика отримала розширену автономію, підтверджену в 2001 р. Корсика – політична автономія, проте акцент робиться на культурі та етнонаціональному походженні [19, с. 473]. Статус передбачає деяку символічну та інституційну асиметрію у вигляді територіальних інститутів з унікальною легітимністю (порівняно з іншими обласними радами). Інституційна організація регіональної влади острова була такою, щоб урахувати його географічні та історичні особливості [20].

Представницький орган Корсики – Асамблея – регіональний парламент, який складається з 51 депутата, вибраних на загальному голосуванні за пропорційною системою на єдиному виборчому окрузі на острові. Мета цього спеціального положення – надати легітимність на всьому острові та заохочувати участь націоналістів у територіальних виборах. Орган наділений додатковими повноваженнями: подавати прем'єр-міністрові Франції пропозиції з організації місцевого самоврядування з урахуванням можливих змін у чинному законодавстві; право адресувати такі ж пропозиції щодо питань суспільного та економічного розвитку та роботи державних служб на Корсиці. При Асамблеї діють дві консультативні ради: економічна і соціальна рада та рада з питань культури, освіти і способу життя. Вони формуються з представників відповідних сфер

діяльності [20]. Центральна влада зобов'язана радитися з Асамблеєю з усіх питань «специфічного устрою» Корсики. Крім звичайних для регіонів Франції інститутів, на Корсиці створено дорадчу раду з культури, освіти і способу життя. Вона покликана захищати культурну ідентичність острова [18, с. 118–123].

Виконавча Рада Корсики складається із 7 членів, включаючи голову, які обираються в Асамблеї, але функції виконавчої влади обмежені, вона не має права розпускати Асамблею, що може зробити тільки уряд Франції [18]. Крім того, у 2002 році була започаткована ініціатива ввести для Корсики посилені повноваження, але вона була заблокована на референдумі [21].

Закон передбачав обмежений особливий статус у сфері культури та економічного розвитку. Вивчення корсиканської мови та культури вже відбувались поза звичайними навчальними годинами та на добровільних засадах для студентів та вчителів. Таким чином, французька мова залишилася єдиною офіційною на острові [20].

Нині статус Корсики закріплює те, що територіальна влада має повноваження лише в тих конкретних питаннях, які закон передає їй. Інші ж залишилися в компетенції Парижа. Водночас повноваження, передані Корсиці в результаті двох етапів «адміністративної централізації» (1983 і 2004 років), призвели до ускладнення системи управління островом і посилення бюрократизації, залишивши відкритим питання про «громадянський мир» [22]. Саме по собі закріплення за Корсикою автономії не може вирішити тих проблем, за вирішення яких уже довгі роки бореться її населення. Вона лише дає поштовх до оновлення економіки та встановлення політичної культури її жителів.

Таким чином, підбиваючи підсумки, потрібно зазначити, що різні за своїм видом та характером автономії існують сьогодні у багатьох зарубіжних країнах. Вони утворюються з урахуванням та на підставі історичних, економічних, географічних особливостей, етнічних та культурних традицій регіонів. Практика конституційного будівництва вказує: якими б повноваженнями не були наділені автономні утворення, вони залишаються складовими частинами держави, не руйнуючи цілісність її суверенітету, незважаючи на окремі випадки непорозуміння між органами центральної влади та автономіями. Проте така практика, вочевидь, не може свідчити про довгострокову тенденційність такого становища. Перебуваючи на порозі трансформаційних процесів у загальноправовій науці, людство неодмінно пристосує чинне законодавство до вимог часу. Головним питанням при цьому залишається ефективність та доречність таких пристосувань. Автономний статус територій за своєю природою, визначенням та функціями залежить від співпраці й координації між центральними органами влади та автономними утвореннями. Саме тому, на нашу думку, було б доречним (на прикладі проаналізованих країн) зробити висновок стосовно найбільш оптимального, на наш погляд, методу врегулювання цього питання. Вочевидь, органам центральної влади тієї чи іншої країни вкрай необхідними є зрушення у вигляді певних поступок заради компромісного рішення, яке б задовольнило всі сторони й дало змогу першим зберегти територіальну цілісність та стабільність, адже регіони завжди намагалися й будуть намагатися створити для себе таке законодавче підґрунтя, яке б повністю відповідало потребам їх населення, історичним та культурним особливостям безвідносно до інтересів метрополій. Для того, щоб не наражати населення країни на дії, які можуть привести до вкрай негативних результатів, важливою залишається політика компромісу та поступок як з одного, так і з іншого боку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Роль державної служби в політико-управлінських відносинах Великобританії В.В. Сухенко. *East European Scientific Journal*, 2016, С. 10–13.

2. Громько А. Великобритания: Эпоха реформ. Издательство «Весь мир», 2007. С. 35.
3. Офіційний вебсайт парламенту Сполученого Королівства. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Geo6/12-13-14/41/enacted> (дата звернення: 22.04.2021).
4. J. McGarry. Northern Ireland and the divided world. Post-agreement Northern Ireland in comparative perspective/ed. URL: <https://oxford.universitypressscholarship.com/view/10.1093/0199244340.001.0001/acprof-9780199244348> (дата звернення: 22.04.2021).
5. Knightly, "History of England" (Лондон, 1835); Ranke, "Englische Geschichte im XVI i XVII Jahrh." (4 видавництва. 1877); Green, "History of the English People" (1877-80, російський переклад 1891 р.)
6. Л.С. Сталенна. Особливості розвитку сепаратистських рухів у регіонах західної Європи. *Університетські наукові записки*. 2016. С. 273–278
7. Шавалеева Э.Н. «Деволуция и проблема идентичности в Великобритании». URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/devolyutsiya-i-problema-identichnosti-v-velikobritanii/viewer> (дата звернення: 22.04.2021).
8. Громько А.А. Модернизация политической системы Великобритании. Издательство «Весь Мир» 2007 р. С. 204.
9. Крайнік П.І. Система державного управління Сполученого Королівства Великобританії і Північної Ірландії: досвід для України. НАДУ, 2011. 48 с.
10. Бібліотека палати обшин парламенту Сполученого Королівства: веб-сайт. URL: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8439/> (дата звернення: 22.04.2021).
11. Британська служба новин BBC. URL: <https://www.bbc.com/news/uk-northern-ireland-56664378> (дата звернення: 22.04.2021).
12. Банаев В.А. Проблема правового статусу Гонконга: Диссертация. Москва, 1952. С. 118.
13. Джэрмен Т.М. Лэм. Воссоединение Гонконга с Китаем: Воздействие на Китай: Городской Университет Гонконга. С. 2.
14. Гримм Э. Сборник договоров и других документов. С. 125.8. «Гонконг до и после 1 июля 1997 года», Москва, 1997. 143 с.
15. КНР и Гонконг: конституционно-правовые аспекты принципа «одна страна две системы». 2015. URL: https://knowledge.allbest.ru/law/3c0a65625a2ad69b4d53b88421206d36_0.html (дата звернення: 22.04.2021).
16. Трощинский П.В. Современная правовая система Гонконга. *Труды Института государства и права Российской академии наук*. 2016. № 2. С. 175–198.
17. Конституция государств (стран) мира. Конституция специального административного региона Китайской Народной Республики Гонконг. URL: <http://worldconstitutions.ru/archives/184> (дата звернення: 22.04.2021).
18. Пузырев К. Корсиканский сепаратизм. *Свободная мысль*. 2012. № 1–2 (1631). С. 115–124.
19. Чиркин В.Е. Сравнительное конституционное право. Москва, 1996.
20. Henders, S. J. (2010). Territoriality, Asymmetry, and Autonomy.
21. Офіційний вебсайт Корсики. URL: https://www.corse.fr/downloads/Seances-annee-2002_t9202.html (дата звернення: 22.04.2021).
22. W. Dressler. La Corse en question(s). Questions de territoires, de pouvoir et d'identité. *Le Territoire entre l'Europe et l'Etat-Nation*. Rennes, 2006. P. 111

РЕАЛІЗАЦІЯ КОНСТИТУЦІЙНОЇ СВОБОДИ ОСОБИ НА ПІДПРИЄМНИЦТВО В ПРОЦЕСІ ПОСЕРЕДНИЦЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

IMPLEMENTATION OF CONSTITUTIONAL FREEDOM OF A PERSON ON ENTREPRENEURSHIP IN THE PROCESS OF INTERMEDIARY ACTIVITY

Олійник А.Ю., к.ю.н., професор,
професор кафедри приватного та публічного права
Інститут права та сучасних технологій навчання
Київського національного університету технологій та дизайну

Стаття присвячена характеристиці конституційної свободи особи на підприємництво в процесі посередницької діяльності. Посередництво є одним із найпопулярніших видів підприємництва в умовах становлення товарного ринку і розвитку його інфраструктури. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність за умов посередництва має ґрунтуватися на можливості посередника в потрібний час виявити ініціативу, господарську винахідливість і діловитість, зацікавленість у реалізації наявних резервів, щоб ужити всіх необхідних заходів для вирішення конкретних завдань своєї діяльності [1]. Систему нормативно-правових актів, що регулюють реалізацію свободи підприємництва за умов посередництва, становлять: 1) Конституція України від 28 червня 1996 р.; 2) Цивільний кодекс (далі – ЦК) України від 16 січня 2003 р.; 3) ГК України від 16 січня 2003 р.; 4) закони України: а) «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р.; б) «Про цінні папери і фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р.; в) «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р.; г) «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 р.; ґ) «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р.; д) «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. та ін.

Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність за умов посередництва – це закріплена нормами конституції та законів України діяльність із втілення в суспільних відносинах названих правових норм, що регулюють свободи посередницької підприємницької діяльності з надання на підставі договору повноважень комерційному агенту, біржовому брокерові та іншим посередникам із метою отримання прибутку, економічного чи соціального результату.

Ключові слова: конституційна свобода особи, підприємництво за умов посередництва, конституційні і законодавчі норми, комерційні агенти, біржові брокери.

The article is devoted to the characteristics of the constitutional freedom of a person to entrepreneurship in the process of mediation. Mediation is one of the most popular types of entrepreneurship in the conditions of formation of the commodity market and development of its infrastructure. The implementation of a person's constitutional freedom to engage in entrepreneurial activity should be based on the mediator's ability to show initiative, economic ingenuity and diligence, interest in the implementation of existing reserves in order to take all necessary measures to address specific tasks [1]. The system of normative legal acts regulating the realization of the freedom of entrepreneurship through mediation consists of: 1) the Constitution of Ukraine of June 28, 1996; 2) the Civil Code (CC) of Ukraine of January 16, 2003; 3) the Civil Code of Ukraine of January 16, 2003; 4) Laws of Ukraine: a) On the Commodity Exchange of December 10, 1991; b) On securities and stock market of February 23, 2006; c) On state regulation of the securities market in Ukraine of October 30, 1996; d) On the depository system of Ukraine dated July 6, 2012; e) On grain and grain market in Ukraine of July 4, 2002; f) On foreign economic activity of April 16, 1991, etc. Implementation of the constitutional freedom of a person to engage in entrepreneurial activity is an activity enshrined in the Constitution and laws of Ukraine to implement in public relations these legal norms governing the freedom of intermediary entrepreneurial activity to grant powers under a contract to a commercial agent, broker and broker, profit, economic or social result.

Key words: constitutional freedom of a person, entrepreneurship through mediation, constitutional and legislative norms, commercial agents, stock brokers.

Проблема реалізації конституційної свободи особи в посередницькій діяльності має вагомe теоретичне та практичне значення. Посередництво слід розглядати як сприяння третьої особи у встановленні чи здійсненні ділових контактів, що має декілька значень: а) торговельне (комерційне) посередництво; б) посередництво у дипломатичних зносинах; в) посередництво у сприянні примиренню між сторонами конфлікту тощо. У нашому дослідженні планується розглянути теоретичне значення реалізації конституційної свободи особи у комерційному посередництві та практичне значення названої свободи різних видів комерційного посередництва.

Проблемами посередництва цікавляться юристи і господарники. З юридичної точки зору посередництво та конституційна свобода особи у сфері підприємницької діяльності досліджувалася в цивільному, господарському та біржовому праві. В умовах розвитку ринкової економіки значна увага приділяється біржовій торгівлі і біржам. А.Г. Бобкова та Ю.О. Моїсєєв у навчальному посібнику «Біржове право» досліджують національну і міжнародну біржову торгівлю та підкреслюють, що біржові угоди й операції здійснюють брокерські контори як торгові посередники, що допомагають підприємствам у пошуку, просуванні і збуті товарів [2]. Біржові угоди укладають професійні посередники біржового ринку, які або отримують від своїх клієнтів доручення на здійснення біржових операцій, або діють за власною ініціативою [3].

Метою дослідження є реалізація конституційної свободи на підприємництво особи в процесі посередницької діяльності. Відповідно до мети завдання статті: а) проаналізувати наукові джерела щодо свободи особи на підприємництво за умов посередницької діяльності; б) сформулювати ознаки та запропонувати визначення реалізації названої свободи; в) розглянути нормативно-правові акти, що регулюють реалізацію свободи підприємництва за умов посередництва; г) запропонувати висновки і рекомендації щодо вдосконалення реалізації свободи за умов посередництва.

Аналіз наукових джерел свідчить про те, що реалізація конституційних свобод особи на підприємництво за умов посередницької діяльності характеризується конкретними ознаками й видами. Так, А.І. Берляч у навчальному посібнику «Біржове право України» детально характеризуються норми біржового права та біржові правовідносини, ведення біржових торгів, укладення біржових угод, біржове посередництво у вигляді брокерів та механізм ціноутворення [4]. Така позиція автора свідчить про характеристику комерційного посередництва, тобто агентської діяльності. Відповідно до ст. 295 Господарського кодексу (далі – ГК) України «комерційне посередництво (агентська діяльність) є підприємницькою діяльністю, що полягає в наданні комерційним агентом послуг суб'єктам господарювання під час здійснення ними господарської

діяльності шляхом посередництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє» [5]. Отже, комерційний посередник має свободу дій, крім випадків, коли законом встановлені обмеження або заборона здійснення комерційного посередництва в окремих галузях господарювання.

Одним із таких комерційних посередників є біржовий брокер. Це фізична особа, зареєстрована на біржі відповідно до її статуту, обов'язки якої полягають у виконанні доручень членів біржі, яких вона представляє, щодо здійснення біржових операцій шляхом підшукування контрактів і подання здійснюваних операцій для реєстрації на біржі [6]. Отже, ознакою посередницької діяльності є надання посередником послуг суб'єктам підприємництва від імені, в інтересах, під контролем і за рахунок суб'єкта, якого він представляє в межах, визначених законом.

А.Г. Бобкова, Ю.О. Моїсєєв, характеризуючи суб'єктний склад біржових торгів на товарних біржах, указують, що до цієї категорії варто зарахувати як суб'єктів, які безпосередньо укладають біржові угоди (членів товарної біржі й брокерів), так й осіб, які забезпечують організацію й проведення біржових торгів (маклерів, що працюють на біржі, та інших осіб) [2, с. 102]. Біржові угоди укладають професійні посередники біржового ринку, які або отримують від своїх клієнтів доручення на здійснення біржових операцій, або діють за власною ініціативою. Найчастіше посередниками під час здійснення операцій є брокери, які є працівниками брокерських фірм. Під брокером розуміють акредитовану особу, яка професійно займається посередницькою діяльністю під час укладення різних угод [3]. Отже, ознакою посередництва є особа, яка професійно займається посередницькою діяльністю під час укладення різних угод.

У практиці діяльності товарної біржі брокерів поділяють на дві основні групи: а) брокери, що приймають замовлення від клієнтів на укладання біржових угод та організують їх виконання на біржі; б) брокери, які укладають біржові угоди за дорученням представляючого брокера або присутнього на торгах клієнта, коли така діяльність дозволена законодавством та правилами роботи біржі.

Систему нормативно-правових актів, що регулюють реалізацію свободи підприємництва за умов посередництва, становлять: 1) Конституція України від 28 червня 1996 р.; 2) ЦК України від 16 січня 2003 р.; 3) ГК України від 16 січня 2003 р.; 4) закони України: а) «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р.; б) «Про цінні папери і фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р.; в) «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р.; г) «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 р.; г) «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р.; д) «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. та ін.

Конституція України від 28 червня 1996 р. закріплює, що свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави (ст. 3). Держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності, захищає права споживачів (ст. 42). Виключно законами України визначаються правові засади і гарантії підприємництва, правила конкуренції та норми антимонopolного регулювання (ст. 91). Отже, Конституція України закріплює свободу підприємництва, включаючи посередницьку діяльність.

Посередництво в цивільному праві закріплюється в гл. 17 як представництво. ЦК України від 16 січня 2003 р. визначає представництво як правовідношення, в якому одна сторона (представник) зобов'язана або має право вчинити правочин від імені другої сторони, яку вона представляє (ст. 237). Представник може бути уповноважений на вчинення лише тих правочинів, право на вчинення яких має особа, яку він представляє. Представник не може вчинити правочини: а) які відповідно до його змісту можуть бути вчинені лише особисто тією особою, яку він пред-

ставляє; б) від імені особи, яку він представляє, у своїх інтересах або в інтересах іншої особи, представником якої він одночасно є, окрім комерційного представництва, а також щодо інших осіб, установлених законом (ст. 238). Різновидом свободи особи на підприємництво в посередницькій діяльності є комерційне представництво, коли особа постійно та самостійно виступає представником підприємців під час укладення ними договорів у сфері підприємницької діяльності (ст. 243) [7]. Отже, цивільно-правова свобода посередництва в підприємницькій діяльності врегульована нормами цивільного права як комерційне представництво.

Комерційне посередництво, як підкреслювалося вище, закріплюється як агентська діяльність. ГК України від 16 січня 2003 р. визначає, що комерційним агентом є суб'єкт господарювання (фізична або юридична особа), який за повноваженням, оснований на агентському договорі, здійснює комерційне посередництво. Не є комерційними агентами підприємці, що діють від власного імені, хоча і в чужих інтересах. Комерційний агент не може укласти угоди від імені того, кого він представляє, стосовно себе особисто. Законом можуть бути встановлені обмеження або заборона здійснення комерційного посередництва в окремих галузях господарювання (ст. 295). Агентській відносини виникають у разі: а) надання суб'єктом господарювання на підставі договору повноважень комерційному агенту на вчинення відповідних дій; б) схвалення суб'єктом господарювання, якого представляє комерційний агент, угоди, укладеної в інтересах цього суб'єкта агентом без повноваження на її укладення або з перевищенням наданого йому повноваження (ст. 296).

За агентським договором одна сторона (комерційний агент) зобов'язується надати послуги другій стороні (суб'єкту, якого представляє агент) в укладенні угод чи сприяти їх укладенню (надання фактичних послуг) від імені цього суб'єкта і за його рахунок. Агентський договір повинен визначати сферу, характер і порядок виконання комерційним агентом посередницьких послуг, права та обов'язки сторін, умови і розмір винагороди комерційному агенту, строк дії договору, санкції у разі порушення сторонами умов договору, інші необхідні умови, визначені сторонами. Договором повинна бути передбачена умова щодо території, в межах якої комерційний агент провадить діяльність, визначену угодою сторін. Якщо територію дії агента в договорі не визначено, то вважається, що агент діє в межах території України. Агентський договір укладається в письмовій формі. У договорі має бути визначено форму підтвердження повноважень (представництва) комерційного агента (ст. 297) [5]. Пропонуємо у п. 2 ст. 297 фразу після слова «права» доповнити словом «свободи» і далі по тексту. Отже, така редакція названої статті буде підкреслювати конституційну свободу посередника.

Свобода торговельного підприємництва в посередницькій діяльності врегульована Законом України «Про товарну біржу» від 10 грудня 1991 р. Товарна біржа провадить свою діяльність за принципами: а) рівноправності учасників біржових торгів; б) застосування вільних (ринкових) цін; в) публічного проведення біржових торгів (ст. 2). Посередником у біржовій торгівлі відповідно до закону є біржовий брокер. Кількість брокерів кожної товарної біржі визначається біржовим комітетом (радою біржі). Брокери можуть пересвідчитися в наявності та якості запропонованого товару, а також у плазмоспроможності покупця, запропонувати альтернативні умови контрактів та здійснити будь-які інші дії, що не суперечать інтересам клієнтів. Брокерам забороняється розголошувати комерційні таємниці щодо здійснюваних за їх участю біржових операцій клієнтів, одночасно обслуговувати двох або більше клієнтів, інтереси яких суперечать (ст. 16) [6]. Отже, за принципом товарної біржі підкреслюється рівноправність учасників бір-

жових торгів. Пропонуємо ст. 2 Закону «Про товарну біржу» доповнити п. г) такого змісту: «біржові брокери мають свободу під час виконання доручень членів біржі, яких вона представляють, щодо здійснення біржових операцій шляхом підшукування контрактів і подання здійснюваних операцій для реєстрації на біржі».

Закон України «Про цінні папери і фондовий ринок» від 23 лютого 2006 р. закріплює, що професійна діяльність із торгівлі цінними паперами включає брокерську діяльність, яка передбачає укладення торговцем цінними паперами цивільно-правових договорів (зокрема на підставі договорів комісії, доручення) щодо цінних паперів та інших фінансових інструментів від свого імені (від імені іншої особи), за дорученням і за рахунок іншої особи. Поручителем або гарантом може виступати торговець цінними паперами щодо виконання зобов'язань перед третіми особами за договорами, що укладаються від імені клієнта такого торговця, отримуючи за це винагороду, що визначається договором торговця цінними паперами з клієнтом. Торговець цінними паперами, який провадить брокерську діяльність, може надавати своїм клієнтам консультації щодо купівлі-продажу цінних паперів та інших фінансових інструментів [8]. Отже, реалізація конституційної свободи особи на підприємництво в процесі посередницької діяльності врегульована законом щодо цінних паперів на фондовому ринку.

У Законі «Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні» від 30 жовтня 1996 р. закріплюється, що Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку у встановленому нею порядку видає ліцензії на брокерську діяльність як вид професійної діяльності на ринку цінних паперів та діяльності у системі накопичувального пенсійного забезпечення [9].

Порядок реалізації конституційної свободи особи на підприємництво в процесі посередницької діяльності щодо депозитарної системи врегульовано Законом «Про депозитарну систему України» від 06 липня 2012 р., де закріплюється право власника цінних паперів, співвласників цінних паперів передати власні повноваження щодо відкриття рахунка у цінних паперах іншій особі, вповноваженій діяти від його (їх) імені на підставі визначеного законодавством правочину (ст. 5) [10]. Для уточнення свободи посередника пропонуємо фразу після терміна «правочин» доповнити словами «і діє у межах, визначених договором». Отже, на нашу думку, власник цінних паперів погоджує з особою, яка вповноважена діяти від її імені, межі свободи її дій.

Закон «Про зерно та ринок зерна в Україні» від 4 липня 2002 р. закріплює, що власники зерна мають право укладати договори складського зберігання зерна на зберігання зерна у зернових складах з отриманням складських документів на зерно, а також зберігати зерно у власних зерносховищах. Зерновий склад зобов'язаний уживати всіх заходів, передбачених законом, нормативно-правовими актами, договором складського зберігання зерна, для забезпечення схоронності зерна, переданого йому на зберігання (ст. 24) [11]. Отже, вищеназаний закон закріплює регулювання реалізації конституційної свободи на підприємництво в умовах посередництва під час здійснення ринку землі.

Закон «Про зовнішньоекономічну діяльність» від 16 квітня 1991 р. закріплює, що суб'єкти господарської діяльності України та іноземні суб'єкти господарської діяльності під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності керуються принципом свободи зовнішньоекономічного підприємництва, що полягає у: а) праві суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності добровільно вступати у зовнішньоекономічні зв'язки; б) праві суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності здійснювати її в будь-яких формах, які безпосередньо не заборонені чинними законами України; в) обов'язку додержуватись

під час здійснення зовнішньоекономічної діяльності порядку, встановленого законами України; г) виключному праві власності суб'єктів зовнішньоекономічної діяльності на всі одержані ними результати зовнішньоекономічної діяльності (ст. 2) [12]. Отже, одна з названих ознак реалізації конституційної свободи на підприємницьку діяльність за умов посередництва закріплюється в Законі «Про зовнішньоекономічну діяльність».

Проведений аналіз праць учених та нормативно-правових актів дає можливість сформулювати ознаки щодо реалізації названої свободи, до яких належить: а) закріплення нормами конституції і законів; б) утілення в суспільних відносинах правових норм, що регулюють свободи посередницької підприємницької діяльності; в) представництво підприємців під час укладення ними договорів у сфері підприємницької діяльності; г) надання на підставі договору повноважень комерційному агенту на вчинення посередницьких дій; г) схвалення суб'єктом господарювання, якого представляє комерційний агент, угоди, укладеної в інтересах цього суб'єкта агентом без повноваження на її укладення або з перевищенням наданого йому повноваження; д) біржовий брокер як посередник в біржовій торгівлі; е) реалізація конституційної свободи на підприємництво посередників із метою отримання прибутку, економічного чи соціального результату.

Конституційна свобода особи на посередницьку підприємницьку діяльність має чітко визначені законами межі. Врегульовані законами свободи посередника не можуть виходити за межі свободи особи, що доручила посередникові здійснювати відповідну діяльність. Посередник має представляти підприємців відповідно до їх домовленостей і в межах повноважень, що надані договором комерційному агенту, біржовому брокеру чи іншому посереднику, і не допускає перевищення повноважень, наданих посередникові. Діяльність посередника в господарській діяльності завжди здійснюється задля отримання економічного чи соціального результату і з метою отримання прибутку.

Підбиваючи підсумки, можна запропонувати висновки і рекомендації щодо вдосконалення реалізації свободи за умов посередництва.

1. Реалізація конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність за умов посередництва – це закріплена нормами конституції та законів України діяльність щодо втілення в суспільних відносинах названих правових норм, що регулюють свободи посередницької підприємницької діяльності з надання на підставі договору повноважень комерційному агенту, біржовому брокерові та іншим посередникам із метою отримання прибутку, економічного чи соціального результату.

2. Ознаками названої свободи є: а) закріплення нормами конституції і законів; б) утілення в суспільних відносинах правових норм, що регулюють свободи посередницької підприємницької діяльності; в) представництво підприємців під час укладення ними договорів у сфері підприємницької діяльності; г) надання на підставі договору повноважень комерційному агенту на вчинення посередницьких дій; г) схвалення суб'єктом господарювання, якого представляє комерційний агент, угоди, укладеної в інтересах цього суб'єкта агентом без повноваження на її укладення або з перевищенням наданого йому повноваження; д) біржовий брокер як посередник у біржовій торгівлі; е) реалізація конституційної свободи на підприємництво посередників з метою отримання прибутку, економічного чи соціального результату.

3. Пропозиції і рекомендації статті сприятимуть удосконаленню реалізації конституційної свободи особи на підприємницьку діяльність за умов посередництва.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сутність посередницької діяльності URL: <https://mydocx.ru/12-3570.html>
2. Бобкова АГ, Моїсєєв Ю.О. Біржове право: Навчальний посібник. Київ : Центр навчальної літератури, 2005. 200 с.
3. Правове регулювання посередницької діяльності на біржі URL: https://lubbook.org/book_766_glava_4_Tema_4_Pravove_regulivannja_p.html
4. Берлач А.І. Біржове право України : навч. посіб. Київ : Університет Україна, 2007. 348 с.
5. ГК України : Закон України 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 18, № 19-20, № 21-22. Ст.144. Поточна редакція від 27.02.21 р.
6. Про товарну біржу : Закон України від 10 грудня 1991 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 10. Ст. 139. Поточна редакція від 16.10.20 р.
7. ЦК України : Закон України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. Ст. 356. Поточна редакція від 01.01.21 р.
8. Про цінні папери і фондовий ринок : Закон України від 23 лютого 2006 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2006. № 31. Ст. 268. Поточна редакція від 24.09.20 р.
9. Про державне регулювання ринку цінних паперів в Україні : Закон України від 30 жовтня 1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 51. Ст. 292.
10. Про депозитарну систему України : Закон України від 6 липня 2012 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 39. Ст. 517. Поточна редакція від 16.08.2020 р.
11. Про зерно та ринок зерна в Україні: Закон України від 4 липня 2002 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 35. Ст. 258. Поточна редакція від 04.12.20 р.
12. Про зовнішньоекономічну діяльність від 16 квітня 1991 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1991. № 29. Ст. 377. Поточна редакція від 15.08.2020 р.

КОНСТИТУЦІЙНО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ РЕФОРМИ МІСЦЕВОГО САМОВРЯДУВАННЯ В УГОРЩИНІ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

CONSTITUTIONAL AND LEGAL SUPPORT OF LOCAL SELF-GOVERNMENT REFORM IN HUNGARY: EXPERIENCE FOR UKRAINE

Петришина М.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри державного будівництва

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
провідний науковий співробітник

Науково-дослідний інститут правового забезпечення інноваційного розвитку
Національної академії правових наук України

Алексанян К.А., студентка III курсу
юридичного факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню особливостей конституційно-правового забезпечення проведення реформи місцевого самоврядування в Угорщині, а також оцінці можливості використання цього досвіду в Україні. Встановлено, що сучасна система місцевого самоврядування Угорщини бере свій початок від двох хвиль конституційних реформ 1990 та 1994 років, які отримали своє конституційно-правове закріплення у спеціальних законах, перегляді чинних актів у цій сфері організації та діяльності системи місцевого самоврядування.

На підставі аналізу Закону № LXV «Про органи місцевого самоврядування», Закону № LXIII 1994 року з питань організації та діяльності проміжного рівня місцевого самоврядування, а також Закону № LXIV «Про вибори представницьких органів місцевого самоврядування та мерів» 1990 року з'ясовано, що трансформації було піддано всю систему державного управління: від місцевих рад центрального підпорядкування комуністичних часів до автономних, таких, що обираються демократичним способом, органів місцевого самоврядування.

Визначено основні етапи реформування влади на місцях: у 1991–1992 роках ухвалені закони, що стосувалися компетенції органів публічного управління на всіх рівнях, місцевого управління столиці та її районів, переходу прав власника, фінансової діяльності органів місцевого самоврядування; другим етапом модернізації стало ухвалення в 1994 році поправок до Закону «Про органи місцевого самоврядування», формування на його основі нової організаційної структури місцевого самоврядування, запровадження нових засад його організації та діяльності. Система місцевого самоврядування, яка була створена під час реформ, втілює принципи Європейської хартії місцевого самоврядування, яка була підписана державою як членом Ради Європи, а також історичні традиції публічного управління Угорщини. Проте з ухваленням нової Конституції та Закону про місцеве самоврядування від 2011 року курс реформ було змінено в бік централізації. На підставі аналізу, зокрема й порівняння положень Конституції Угорщини від 1949 року, а також Конституції Угорщини від 2011 року, зіставлення актів законодавства окреслено основні напрями вдосконалення місцевого самоврядування в Україні з урахуванням досвіду Угорщини.

Ключові слова: місцеве самоврядування, реформа, конституційно-правові засади, принцип субсидіарності, децентралізація.

The article is devoted to the study of the peculiarities of local self-government reform constitutional and legal support in Hungary, as well as to the assessment of the possibility of using this experience in Ukraine. It is established that the modern local self-government system of Hungary originates from two waves of constitutional reforms of 1990 and 1994, which received their constitutional and legal enshrinement in special laws, revision of existing acts in this area.

Based on the analysis of the Law № LXV "On Local Self-Government Authorities", № LXIII 1994 on the organization and activities of the intermediate level of local self-government, as well as Law № LXIV "On elections of representative bodies of local self-government and mayors" of 1990, it was found that the entire system of public administration was transformed: from communist times local councils of central subordination to autonomous, democratically elected bodies of self-government.

The main stages of local self-government reform have been identified: in 1991–1992, laws were passed concerning the competence of public administration bodies at all levels, local self-government of the capital and its districts, transfer of ownership rights, financial activities of local self-government bodies; the second stage of modernization was the adoption in 1994 of amendments to the Law "On Local Self-Government Authorities" and the formation on its basis a new organizational structure of local self-government, the introduction of new principles of its organization and activities. Based on the analysis, including a comparison of the provisions of the Constitution of Hungary of 1949, as well as the Constitution of Hungary of 2011, comparison of legislation, the main directions of improving local self-government in Ukraine, taking into account the experience of Hungary were outlined.

Key words: local self-government, reform, constitutional and legal basis, principle of subsidiarity, decentralisation.

Вступ. Визнання та впровадження принципів регіоналізації і децентралізації, субсидіарності та місцевого самоврядування як у межах правової політики держави, так і в рамках конституційно-правового регулювання є загальноновизнаними тенденціями розвитку сучасних демократичних країн. Не відстає й Україна, яка на державному рівні визнала необхідність проведення реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади.

Варто визнати, що трансформаційні процеси, які відбуваються нині в нашій державі, стосуються як держави й органів державної влади, так і територіальної громади й органів місцевого самоврядування. Ідеться про формування спроможного самоврядування на базовому, районному й обласному рівнях з утворенням відповідних рад, оптимізацію адміністративно-територіального устрою та наявної моделі територіальної організації влади, запро-

вадження дієвих механізмів демократії участі на місцях. Крім того, успішна реалізація реформи сприятиме й ефективній реалізації Україною політики європейської інтеграції, розвитку співробітництва з європейськими інституціями, зокрема з Радою Європи та Європейським Союзом. Отже, дослідження закордонного досвіду проведення реформ у сфері місцевого самоврядування може стати доречним на шляху побудови ефективної та дієвої моделі місцевого самоврядування в Україні.

Так, цікавим є досвід реформування місцевого самоврядування в Угорщині як одній із держав пострадянського простору. Угорщина – єдина країна Східної Європи, у якій до 2012 р. діяла комуністична Конституція 1949 р. Водночас у країні вже у 90-х рр. XX ст. було розпочато процес побудови демократичної та децентралізованої системи місцевого самоврядування. Угорщина пройшла такий

шлях реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади, який зараз проходить і Україна. З огляду на наведене вважаємо доцільним звернення до досвіду Угорщини. **Метою цієї роботи** є всебічне дослідження особливостей конституційно-правового забезпечення проведення реформи місцевого самоврядування в Угорщині, а також оцінка можливості використання цього досвіду у процесі реформування місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні.

Результати дослідження. Дослідження проблем конституційно-правового регулювання місцевого самоврядування в Угорщині дають можливість стверджувати, що в державі склалася континентальна модель місцевого самоврядування, яка характеризується принципом «негативного регулювання» компетенції, за якого органи місцевого самоврядування мають право виконувати будь-які дії, прямо не заборонені законом, одноманітністю побудови системи органів самоврядування на базовому рівні, поєднанням державного управління і місцевого самоврядування на місцях, різноманітними формами контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування з боку держави [1, с. 12].

В Угорщині процес реформування інститутів місцевого самоврядування розпочався в 90-х рр. XX ст. і проходив у два етапи. Уважається, що модернізація місцевого самоврядування стала однією з перших і свого часу успішних реформ Угорщини, яка зробила країну «піонером» у модернізації публічного управління на місцевому рівні [2, с. 374]. Сучасна система місцевого самоврядування Угорщини бере свій початок від двох хвиль конституційних реформ 1990 та 1994 рр., які отримали своє правове закріплення у спеціальних законах. Система місцевого самоврядування, яка була створена у процесі реформ, втілила принципи Європейської хартії місцевого самоврядування, яка була підписана державою як членом Ради Європи, а також історичні традиції публічного управління Угорщини.

Згідно зі ст. 42 Конституції Угорщини від 1949 р. місцевого самоврядування було представлено системою рад, які діяли в селах, містах, районах столиці, областях, а також столиці. У Конституції Угорщини 1949 р. питанню організації влади на місцях було приділено увагу в окремій главі (IV), яка мала назву «Ради». Відповідно до положень Закону № XX, яким внесено суттєві зміни до положень Конституції Угорщини 1949 р. (тепер гл. IX була присвячена цьому питанню) утворено систему рад шляхом загальних виборів 22 жовтня 1950 р. [3]. Основні завдання, повноваження, організаційна будова рад та їх органів, основи їхньої діяльності, а також основи їхніх відносин із державними й іншими органами встановлювались актами рад.

Так, місцеві ради утворювались на рівні сіл, міст і районів столиці. Наступний рівень був представлений радами, які представляли спільні інтереси декількох поселень (так звані «територіальні» ради). Предмети відання та повноваження ради столиці загалом збігалися із предметами відання та повноваженнями так званих територіальних рад, але й передбачали виконання більш специфічних місцевих завдань. Крім того, передбачалося, що юрисдикція рад (спільних) може поширюватися на декілька місцевих співтовариств (комун, муніципалітетів), які об'єдналися (з населенням до 5 000 осіб), а також на крупні місцеві співтовариства (з населенням понад 5 000 осіб). Члени таких рад, які не обиралися членами такого об'єднання (членами місцевого співтовариства) на місці, разом утворювали так звану районну раду (*borough council*). Районні ради представляли інтереси об'єднаних місцевих співтовариств в обласній раді та у відносинах з іншими органами влади, а також організували життя місцевих співтовариств [4].

Крім рад, передбачалося представництво інтересів комун шляхом обрання мерів (або безпосередньо комуні, або із числа радників). Так, перші незалежні вибори були проведені восени 1990 р., відтоді проводилися регулярно. Усі мери обиралися безпосередньо, вибори до

рад відбувалися за пропорційною системою з компенсаційними списками. Натомість мер обирався прямими виборами на території з населенням до 10 000 громадян, а радою обирався там, де проживає більше громадян. Допомогати меру у здійсненні його повноважень повинен був його заступник, який обирався із числа радників за пропозицією мера.

Процес утворення нової системи органів місцевого самоврядування на зміну існуючій системі рад було розпочато восени 1990 р. Зокрема, Закон № LXV 1990 р. «Про органи місцевого самоврядування» слугував нормативно-правовою основою організації і діяльності системи місцевого самоврядування. Варто відзначити, що в цьому Законі було враховано основні принципи Європейської хартії місцевого самоврядування, а також національні традиції місцевого самоврядування та національні особливості, зумовлені зміною політичної системи (зокрема, Законом № LXIV «Про вибори представницьких органів місцевого самоврядування та мерів») [5].

Закони № LXV 1990 р. «Про органи місцевого самоврядування», № LXIII 1994 р. з питань організації та діяльності проміжного рівня місцевого самоврядування, а також Закон № LXIV «Про вибори представницьких органів місцевого самоврядування та мерів» 1990 р. стали відправною точкою розвитку і реформування місцевого самоврядування протягом декількох років.

Конституційно-правові засади системи самоврядування, закладені у відповідних положеннях Конституції Угорщини 1949 р., було розвинуто в Законі № LXV, яким передбачалося, що право на самоврядування належить виборцям комун, міст, столиці, її районів та областей. До основних форм безпосередньої місцевої демократії, крім місцевих виборів, було віднесено місцеві референдуми та місцеві ініціативи (форуми). Представницький демократично обраний орган місцевого самоврядування став основним суб'єктом місцевого самоврядування, що здійснював повноваження від імені комуні (їх об'єднань). Відповідно до Закону № LXV представницький орган комуні був уповноважений ухвалювати регламент та інші правила своєї організації та діяльності. Представницький орган комуні не лише міг вирішувати покладені на нього Конституцією та законами завдання, а й самостійно визначати ті завдання, що він вирішує із залученням утворюваних ним органів (комітетів тощо). Представницький орган самостійно вирішував питання щодо особливості здійснення ним своїх повноважень, а також передачі їх іншим органам. Рада була вповноважена самостійно ухвалювати рішення, нести за них відповідальність.

Зважаючи на означене вище, Законом № LXV «Про органи місцевого самоврядування», а також Законом № LXIV «Про вибори представницьких органів місцевого самоврядування та мерів» 1990 р., низкою поправок до них було не лише визнано право комун на самоврядування, а й трансформовано всю систему публічного управління: від місцевих рад центрального підпорядкування комуністичних часів до автономних, таких, що обираються демократичним способом, органів місцевого самоврядування [6, с. 350].

Крім того, у період 1991–1994 р. були ухвалені закони, що стосувалися визначення обсягу та меж компетенції органів публічного управління на всіх рівнях, місцевого самоврядування столиці та її районів, переходу прав власника, фінансової діяльності органів місцевого самоврядування [7, с. 211–212].

Оновлене законодавство, яке регулювало функціонування органів місцевого самоврядування, складалося з конституційних змін, а саме так званих кардинальних законів (*cardinal statutes*): правових актів про місцевого самоврядування, які включали міський і сільський рівні; законів про вільні місцеві вибори, у яких передбачалися різні виборчі системи і механізми для різних рівнів місцевого самоврядування; законів про державних службовців

і працівників бюджетної сфери; законів про обсяг та межі компетенції і відповідальність усіх рівнів публічного управління; законів про передачу державної власності органам місцевого самоврядування; фінансового регулювання діяльності місцевого самоврядування; закріплення процедур судового нагляду і судового захисту права на місцеve самоврядування [8, с. 103].

Отже, на кінець 1996 р. в результаті перегляду конституційно-правових засад місцевого самоврядування, а також проведення інституційної реформи органи місцевого самоврядування в Угорщині отримали політичну, адміністративну й економічну незалежність, що, у свою чергу, створило передумови для здійснення і захисту фундаментального права на самоврядування [9].

У проведених реформах дістали відображення принципи субсидіарності та децентралізації, що стало запорукою збереження демократичних політичних змін під час здійснення реформи публічного управління протягом першого перехідного періоду. Оновлена система місцевого самоврядування була покликана сприяти розбудові демократичної правової держави, де панують закон і принципи ринкової економіки [10, с. 417].

Питання вдосконалення місцевого самоврядування і територіальної організації органів публічної влади, а також наближення до стандартів Європейського Союзу потребувало особливої уваги. Отже, був започаткований наступний етап децентралізації влади. Нові правила регулювання включали: регулювання фінансової активності (аудит); закони про борги і банкрутство органів місцевого самоврядування; удосконалення системи надання державних субсидій; закони про об'єднання і співробітництво між місцевими органами самоврядування; закони про нагляд за процесом ухвалення рішень органів місцевого самоврядування; внесення доповнень до законодавства про державних службовців і працівників бюджетної сфери; ухвалення Закону «Про регіональний розвиток і планування використання земель» тощо [11, с. 389].

Починаючи з 2010 р. відбулися суттєві зміни не лише на загальнодержавному рівні, а й у системі місцевого самоврядування. Головними змінами стали ухвалення Основного закону у 2011 р. [12] (набрав чинності у 2012 р.) і нового Закону «Про місцеve самоврядування» 2011 р. [13].

Змін зазнала не лише системно-структурна організація місцевого самоврядування, а й виборча система місцевих виборів, межі й обсяг повноважень місцевого самоврядування, а контроль за діяльністю органів місцевого самоврядування було посилено. Так, з одного боку, нова Конституція Угорщини ширше порівняно з попередньою регулює питання місцевого самоврядування. із другого боку, і закордонні вчені, і моніторингові місії Ради Європи звертають увагу на перекіс у бік принципу централізації [14].

Так, у ст. 32 Конституції Угорщини 2011 р. закріплено досить широкий і невичерпний перелік повноважень представницького органу місцевого самоврядування, зокрема права: самостійно регулювати й управляти місцевими справами, тоді як рішення ради можуть бути проконтрольовані лише з погляду законності; здійснювати права власника щодо власності самоврядування; самостійно розпоряджатися місцевими доходами; господарювати під власну відповідальність; на виконання завдань, визначених законом; на власні місцеві доходи, крім того, відповідно до цих завдань може надаватися державна підтримка; у межах закону визначати види і розміри місцевих податків; у межах закону самостійно формувати адміністрацію, визначати порядок її діяльності; створювати символи самоврядування, встановлювати місцеві нагороди і відзнаки; у публічних справах, що стосуються місцевого населення, звертатися з ініціативою до відповідних органів; вільно об'єднуватися з іншими місцевими представницькими органами; для спільного обстоювання

інтересів – створювати самоврядні союзи за інтересами, співробітничати у сфері виконання своїх завдань з органами місцевого самоврядування інших країн, бути членом міжнародних самоврядних асоціацій; здійснювати інші повноваження, визначені законом.

Із січня 2011 р. окружні органи місцевого самоврядування стали урядовими органами. У межах цього кроку Уряд зазначив, що напрям на посилення централізованого управління на проміжному рівні є політичним рішенням. Отже, держава побудувала і зміцнила паралельну структуру управління, яка існувала поза виборним окружним рівнем самоврядування, який було витіснено на задній план [15, с. 310]. Незважаючи на те, що окружні органи самоврядування залишилися єдиними виборними органами проміжного рівня, їхній статус практично цілковито було змінено. Ще одним кроком реформування проміжного рівня, який запроваджено в січні 2012 р., стало ухвалення центральним Урядом повноважень щодо управління власністю (разом із боргами) окружних органів самоврядування. Держава взяла на себе кредитний борг органів місцевого самоврядування в розмірі 600 млрд форинтів, що накопичився в них у період з 1956 по 2013 рр. [16].

Реформа торкнулася структурних змін системи органів місцевого самоврядування. До 2010 р. заступники мера обиралися депутатами із числа членів ради, тепер вони могли бути призначені не лише із членів ради. Формально мер міг запропонувати кандидатуру заступника мера не із числа депутатів ради тільки в разі, якщо він вже має заступника з ради. «Заступник-аутсайдер» (не із числа депутатів) не має права голосу, але має право брати участь та виступати на засіданнях ради. Оскільки угорське законодавство не надає точного переліку повноважень заступника мера, реальні повноваження та місце для маневрів заступників мерів можуть варіюватися в кожній комуні відповідно до місцевих умов [17, с. 151]. Також реформа сприяла посиленню позиції мера: він набув право вето щодо рішень ради, якщо вважає їх такими, що суперечать місцевим інтересам; право ухвалювати рішення з питань, з яких рада не може дійти згоди; право ухвалювати рішення без залучення до цього процесу ради.

Крім того, в Угорщині було запроваджено інститут мікрорегіонів – об'єднання муніципалітетів для виконання спільних завдань. Центральний уряд застосував фінансові стимули для об'єднання муніципалітетів у такі мікрорегіони (у вигляді субвенцій чи дотацій). Сьогодні в Угорщині міжмуніципальне співробітництво є добровільним, проте воно також стимулюється законом, згідно з яким можуть утворюватися так звані спільні муніципальні офіси (ЖМО – Joint Municipal Offices). Дослідники зазначають, що досвід укрупнення муніципальних одиниць має як позитивні, так і негативні наслідки. По-перше, не можна до всього масиву поселень застосовувати єдиний кількісний критерій (наприклад, наперед визначену кількість населення). По-друге, якщо ініціатива злиття муніципалітетів у нову адміністративно-територіальну одиницю здійснюється згори, то реформа зазвичай є невдалою і не дає очікуваного результату.

Як видається, сучасна система місцевого самоврядування Угорщини являє собою досить неоднозначний приклад. Останні реформи інституту місцевого самоврядування Угорщини, на думку багатьох фахівців, дещо повернули країну на початок 90-х рр. Очевидним є посилення централізації влади, перехід до мажоритарного типу голосування на місцях, перерозподіл повноважень на користь держави.

Висновки. На підставі проведеного аналізу можна підсумувати, що на початку 90-х рр. ХХ ст. розпочався процес модернізації інститутів місцевого самоврядування в Угорщині, який триває і досі. Цей процес був зумовлений необхідністю демократизації політичної системи в умовах постсоціалістичного розвитку та підвищення ефективності публічного управління на місцях. Муніципальна

реформа ознаменувала відхід від моністичної концепції публічної влади і визнання самостійності місцевого самоврядування. Основними елементами реформи місцевого самоврядування в Угорщині стали: перехід від концепції муніципального дуалізму до державницької концепції місцевого самоврядування; скорочення депутатського корпусу представницьких органів місцевого самоврядування; збільшення строку повноважень представницьких органів місцевого самоврядування і мерів до 5 років; посилення ролі мера в системі органів місцевого самоврядування з одночасним послабленням позицій голови; звуження переліку власних повноважень органів місцевого самоврядування; скасування закону про асоціації органів місцевого самоврядування; запровадження категорії «місто на правах округу»; створення можливості примусового об'єднання територіальних громад; запровадження більш суворого контролю за діяльністю органів місцевого самоврядування з боку органів виконавчої влади та правоохоронних органів; запровадження жорстких фіскальних правил тощо.

Зважаючи на досвід реформування місцевого самоврядування в Угорщині, можна окреслити основні напрями вдосконалення місцевого самоврядування в Україні.

Передусім необхідно завершити адміністративно-територіальну реформу та децентралізацію публічного управління, провести чіткий перерозподіл повноважень, ресурсів та відповідальності з метою формування спроможного місцевого самоврядування. Децентралізація владних повноважень в Україні потребує перегляду обсягу та меж компетенції держаних органів на користь місцевого самоврядування. Водночас, на наш погляд, важливо не повторити помилок Угорщини і не піти зворотним шляхом – у напрямі посилення централізації влади в державі.

Отже, результатами проваджуваної в Україні реформи децентралізації повинно стати усвідомлення не лише природи місцевого самоврядування як особливої форми публічної влади, а насамперед усвідомлення того незаперечного факту, що саме органи місцевого самоврядування з урахуванням законодавчої і практичної реалізації принципів субсидіарності і децентралізації, покладених в основу їх організації та діяльності, повинні стати суб'єктами, які будуть в організаційному, правовому та матеріально-фінансовому аспектах спроможні забезпечити стабільний та постійний місцевий соціально-економічний розвиток окремих громад, регіонів, держави загалом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Миронцева С.А. Реформа местного самоуправления в контексте демократизации постсоциалистических политических систем (на примере Венгрии, Польши и России) : дис. ... канд. полит. наук. Краснодар, 2003. 181 с.
2. Nations in Transit 2005: Democratization from Central Europe to Eurasia / Freedom House. New York : Rowman & Littlefield Publishers, 2005. 670 p.
3. Act XX of 1949. URL: <https://www2.ohchr.org/english/bodies/cescr/docs/E.C.12.HUN.3-Annex2.pdf>.
4. Dr. Steiner Erika, Darázs Ida. The Characteristics of the Hungarian Local Authority System and the Municipal Economic Management. Budapest, Hungary. 55 p. URL: <http://xn--tosz-5qa.hu/uploads/dokumentumok-kiadvanyok/thecharacteristics.pdf>.
5. The Basic Law of Hungary. A First Commentary. URL: <https://www.eui.eu/Documents/General/DebatingtheHungarianConstitution/TheBasicLawofHungary.pdf>.
6. Чиркін А.С. Аналіз системи місцевого самоврядування Угорщини в світлі положень Європейської хартії місцевого самоврядування. *Форум права*. 2015. № 1. С. 350–355. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2015_1_57.pdf.
7. Чиркін А.С. Угорський досвід реформування місцевого самоврядування: інституційний аспект. *Конституційна реформа в Україні у сфері місцевого самоврядування: уроки від країн Вишеградської четвірки* : тези доповідей та наукових повідомлень учасників Науково-практичної конференції, м. Харків, 21–22 жовтня 2016 р. Харків : Право, 2016. С. 209–223.
8. Hesse J.J. Strategy Options for Public Administration Reform in Central and Eastern Europe. *An Assessment of the Current Situation and Recommendations for Future PHARE Strategy*. PHARE Final Report Project № 96-0619/96-0644. Oxford : Nueled College, 1997. 148 p.
9. Local and Regional Democracy in Hungary. The Congress of Local and Regional Authorities. URL: <https://rm.coe.int/local-and-regional-democracy-in-hungary-recommendation-artur-torres-pe/168071910d>.
10. Temesi I. Local Government in Hungary: Experiments and reforms. Vol. 1. Local Governments in Central and Eastern Europe / ed. by T.M. Horváth. Budapest : Local Government and Public Service Reform Initiative, Open Society Institute, 2000. P. 399–430.
11. Кресіна І.О., Коваленко А.А., Вітман К.М. Адміністративно-територіальна реформа в Україні: політико-правові проблеми : монографія / за ред. І.О. Кресіної. Київ : Логос, 2009. 480 с.
12. The fundamental law of Hungry (as in force on 29 June 2018). Ministry of Justice, 2017. URL: <https://www.refworld.org/pdfid/53df98964.pdf>.
13. Web-site of Hungarian Central Statistical Office. URL: https://www.ksh.hu/regionalatlas_settlements.
14. Opinion of the New Constitution of Hungary. European Commission for Democracy Through Law. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)016-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)016-e).
15. Чиркін А.С. Запровадження адміністративно-територіальної реформи: досвід Угорщини. *Від громадянського суспільства – до правової держави : XIII Міжнародна наукова конференція, м. Харків, 27 квітня 2017 р. : збірник тез доповідей*. Харків : ХНУ ім. В.Н. Каразіна, 2017. С. 308–310.
16. Bednarska G. Analiza treści statutów samorządów gminnych. Raport z badań. Statuty jednostek samorządu terytorialnego: regulacje europejskie i amerykańskie / W. Kisiel (red.). Kraków : Zakamycze, 2005. S. 123–157.
17. Чиркін А.С. Місцеве самоврядування Угорщини після конституційних змін 2011 р. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. Харків, 2015. Вип. 29. С. 144–155.

КОНСТИТУЦІЙНІ ЗАСАДИ ПРАВА ВЛАСНОСТІ НА ЗЕМЛЮ ТЕРИТОРІАЛЬНИХ ГРОМАД

CONSTITUTIONAL PRINCIPLES OF LAND OWNERSHIP OF TERRITORIAL COMMUNITIES

Правдюк А.Л., к.ю.н.,
доцент кафедри права

Вінницький національний аграрний університет

У статті розкрито проблеми реалізації конституційного права власності територіальних громад на землю. Здійснено аналіз сучасних наукових підходів до тлумачення змісту права комунальної власності на землю. Здійснено аналіз відповідності законодавчого регулювання у сфері реалізації права територіальних громад на землю конституційним принципам. Зазначено, що у конституційному праві поняття «земля» розглядається у декількох значеннях, а саме як об'єкт права власності Українського народу; як об'єкт права власності громадян, юридичних осіб і держави; як об'єкт права власності територіальних громад. Територіальні громади виступають суб'єктами комунального права власності на землю, а органи місцевого самоврядування мають повноваження реалізації цього права.

На підставі аналізу конституційних норм та норм земельного законодавства доведено, що територіальні громади були фактично позбавлені повноважень управляти землями за межами місцевих пунктів, що суперечить конституційному праву територіальної громади володіти та розпоряджатися землею, яка належить їй на праві комунальної власності.

Зроблено висновок про те, що основні принципи земельних відносин задекларовані у Конституції України, відповідно до яких право на землю є абсолютним правом та гарантується державою. Проте, незважаючи на доволі розгалужену систему правових норм, що регулюють сферу земельних відносин, не всі конституційні принципи реалізовані належним чином. Земля, яка знаходиться у комунальній власності і використовується для потреб місцевого населення, є одним із головних джерел матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування, виконує важливу роль у процесі забезпечення функціонування системи місцевого самоврядування й характеризується своїм специфічним правовим режимом. Отже, потреба у вдосконаленні законодавчої бази, яка забезпечує реалізацію конституційного права територіальних громад на землю, залишається надзвичайно актуальною на сучасному етапі земельної реформи. Протягом останніх років земельної реформи розглянуто та прийнято низку ключових нормативно-правових актів, які покликані удосконалити та забезпечити конституційне право територіальних громад на землю. Однак важливим засобом реалізації відповідних конституційних положень є їх втілення у галузевому законодавстві та практиці його застосування.

Ключові слова: земля, конституційні норми, право власності, територіальна громада, комунальна власність.

The article reveals the problems of realization of the constitutional right of ownership of territorial communities to land. Modern scientific approaches to the interpretation of the content of communal land ownership are analyzed. An analysis of the compliance of legislative regulation in the field of realization of the right of territorial communities to land with constitutional principles has been carried out. It is noted that in constitutional law the concept of "land" is considered in several senses: as an object of property rights of the Ukrainian people; object of property rights of citizens, legal entities and the state; object of property rights of territorial communities. Territorial communities are subjects of communal land ownership, and local governments have the authority to exercise this right.

Based on the analysis of constitutional norms and norms of land legislation, it is proved that territorial communities were actually deprived of the authority to manage lands outside local points, which contradicts the constitutional right of a territorial community to own and dispose of land owned by communal property.

It is concluded that the basic principles of land relations are declared in the Constitution of Ukraine, according to which the right to land is an absolute right and is guaranteed by the state. However, despite the rather extensive system of legal norms governing the field of land relations, not all constitutional principles are properly implemented. Land, which is in communal ownership and is used for the needs of the local population, is one of the main sources of material and financial basis of local self-government, plays an important role in ensuring the functioning of local self-government and is characterized by its specific legal regime. Therefore, the need to improve the legal framework that ensures the implementation of the constitutional right of territorial communities to land remains extremely relevant at the present stage of land reform. In recent years, land reform has considered and adopted a number of key regulations aimed at improving and ensuring the constitutional right of territorial communities to land. However, an important means of implementing the relevant constitutional provisions is their implementation in sectoral legislation and practice of its application.

Key words: land, constitutional norms, property right, territorial community, communal property.

Реалізація земельної реформи, впровадження ринку земель, дієва боротьба з тінювим ринком земель та корупцією у сфері земельних відносин, належне законодавче забезпечення права комунальної власності на землю у процесі реформи децентралізації, формування об'єднаних територіальних громад неможливі без дотримання відповідних конституційних норм. Повернення органам місцевого самоврядування повноважень щодо управління землями місцевих громад за межами населених пунктів не є найголовнішим завданням децентралізації та земельної реформи. В рамках реформи територіальні громади повинні отримати належне їм конституційне право розпоряджатися землями, що знаходяться в їх межах. Отже, необхідність ґрунтовного вивчення конституційних засад права власності територіальних громад на землю в сучасних умовах є надзвичайною.

Питання реалізації конституційного права власності на землю висвітлено у багатьох наукових працях українських учених, зокрема в роботах В.І. Андрійцева, Г.І. Балюка,

О.Г. Бондара, О.А. Вівчаренка, А.П. Гетьмана, М.С. Долинської, Т.О. Коваленко, І.О. Коваліва, Т.Г. Ковальчук, І.О. Костишкіна, П.Ф. Кулинич, В.І. Лебідь, І.В. Озимок, А.М. Мірошніченка, В.Л. Мунтяна, В.В. Носіка, О.М. Пашенка, Я.М. Шевченка, М.В. Шульги, В.І. Федоровича. Проблемам комунальної власності на землю присвячено дослідження І.І. Каракаша, П.Ф. Кулинич, А.Г. Мартина, А.Д. Юрченка. Однак актуальність дослідження зазначених питань на сучасному етапі земельної реформи та децентралізації значно зросла, адже пошук ефективних механізмів забезпечення та реалізації прав на землю територіальних громад потребує подальшого вивчення.

Право власності на землю викликає підвищений інтерес у сучасній правовій доктрині, адже інститут права власності на землю є особливим інститутом конституційного права, норми якого відзначаються певною автономією, об'єднуються на основі певних принципів і методів, відзначаються відносною самостійністю правового регулювання.

Конституційно-правовий режим землі, надр, водних ресурсів, атмосферного повітря, рослинного й тваринного світу, природно-заповідного фонду та інших природних ресурсів у межах території України визначає стаття 13 Конституції України. Цією статтею закріплюється соціальна функція власності щодо використання землі, встановлюються гарантії захисту державою усіх суб'єктів права власності й господарської діяльності, які є рівними перед законом. Положення статті 14 Конституції України конкретизують основні принципи використання земельних ресурсів, декларуючи, що земля є основним національним багатством, яке перебуває під особливою охороною держави. Право власності гарантується державою, є абсолютним та перебуває під особливою охороною держави. Право власності на землю набувається й реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону [6].

Право власності на землю є особливою самостійною формою реалізації норм Конституції України щодо володіння, користування й розпорядження землею як об'єктом права власності Українського народу, реалізується у земельних правовідносинах, що мають комплексний характер, складну внутрішню будову та зміст. Виникнення, зміна та припинення земельних відносин зумовлені діяльністю органів державної влади та місцевого самоврядування щодо додержання й застосування норм Конституції України та інших законів, що є складовою частиною самостійного правового інституту здійснення права власності на землю Українського народу [9, с. 15].

Слід зазначити, що в українському законодавстві склалась доволі розгалужена система правових норм, що регулюють відносини власності на землю. В цих нормах об'єктивно закріплені належність землі на праві власності, умови й порядок надання земельних ділянок у власність, способи охорони й захисту права власності на землю тощо. Вони отримали своє відображення у конституційних нормах, нормах цивільного й земельного законодавства та багатьох інших нормах чинного законодавства. Такі норми утворюють інститут права власності на землю в його об'єктивному правовому змісті. З цього випливає, що право земельної власності в об'єктивному розумінні являє собою систематизовану сукупність правових норм, які закріплюють, регламентують та охороняють відносини власності на землю в державі [10, с. 118].

У Конституції України поняття «земля» вживається у декількох значеннях, а саме як об'єкт права власності Українського народу; як об'єкт права власності громадян, юридичних осіб і держави; як об'єкт права власності територіальних громад (статті 13, 14, 142).

Ю.С. Шемшученко вважає, що комунальна власність на землю – це форма суспільної (публічної) власності на землю, суб'єктами якої є територіальні громади в особі сільських, селищних, міських, районних та обласних рад [15].

Як зазначають І.Р. Залуцький та О.І. Кулаковська, саме чинною Конституцією України обумовлена необхідність розмежування земель державної та комунальної власності, що дало б змогу органам місцевого самоврядування ефективно реалізувати права власника земель комунальної власності для виконання загальнодержавних функцій місцевого самоврядування, власне, задля створення територіальних умов для самостійного вирішення органами місцевого самоврядування усіх питань місцевого життя з урахуванням інтересів населення, що проживає на відповідній території, ще на першому етапі реалізації земельної реформи в Україні [2, с. 129].

Конституційні норми посідають провідне місце у системі гарантій прав на землю, до яких можна віднести такі положення Конституції: держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності й господарювання; усі суб'єкти права власності рівні перед законом, передбачаються рівні можливості та умови захисту права власності

на землю (стаття 13); право власності на землю гарантується; це право набувається й реалізується громадянами, юридичними особами та державою виключно відповідно до закону (стаття 14); ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності, право приватної власності є непорушним (стаття 41).

Нормою, що безпосередньо регламентує конституційне право власності на землю територіальних громад, є частина 1 статті 142 Конституції України. Відповідно до її положень, матеріальною і фінансовою основою місцевого самоврядування є рухоме і нерухоме майно, доходи місцевих бюджетів, інші кошти, земля, природні ресурси, що є у власності територіальних громад сіл, селищ, міст, районів у містах, а також об'єкти їхньої спільної власності, що перебувають в управлінні районних та обласних рад.

Відповідно до статті 83 Земельного кодексу України, об'єктами права комунальної власності територіальних громад є усі землі в межах населених пунктів, крім земель приватної та державної власності, а також земельні ділянки за їх межами, на яких розташовані об'єкти комунальної власності [4]. Отже, територіальні громади після прийняття Земельного кодексу України були фактично позбавлені повноважень управляти землями за межами місцевих пунктів, що суперечить конституційному праву територіальній громаді володіти та розпоряджатися землею, що належить їй на праві комунальної власності (стаття 142).

На думку провідних конституціоналістів, принципові засади формування й структуру матеріальної і фінансової основи місцевого самоврядування в Україні визначає стаття 142 Конституції України. «Це зумовлено передусім тим, що ефективне функціонування системи місцевого самоврядування значною мірою залежить не стільки від обсягу повноважень, якими наділені територіальні громади та утворювані ними органи, скільки від наявності в їх володінні та вільному розпорядженні матеріальних, фінансових та інших ресурсів, необхідних для виконання покладених на них завдань» [5, с. 315].

Як зазначає М.В. Шульга, відповідно до Конституції України, право комунальної власності на землю є правом власності територіальної громади на зазначений об'єкт природи. Земля, яка знаходиться у комунальній власності і використовується для потреб місцевого населення, є одним із головних джерел матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування, виконує важливу роль у процесі забезпечення функціонування системи місцевого самоврядування й характеризується своїм специфічним правовим режимом [14, с. 81].

Відповідно до чинного законодавства, органи місцевого самоврядування в межах своєї території є самостійними суб'єктами здійснення прав власника на землю та інші природні ресурси від імені Українського народу, які зобов'язані забезпечувати реалізацію цих правомочностей у межах, визначених Конституцією України.

Погоджуємося з думкою А.П. Кулинич про те, що у суб'єктивному значенні право комунальної власності на землю територіальних громад являє собою гарантовану нормами законодавства України можливість і здатність територіальної громади набувати землі та земельні ділянки, а також володіти, користуватися й розпоряджатися ними безпосередньо або через створені нею органи місцевого самоврядування [7, с. 261].

Свою точку зору із зазначеного питання висловив Вищий господарський суд України у своїй постанові: «Органи виконавчої влади або органи місцевого самоврядування у правовідносинах щодо розпорядження земельними ділянками державної та комунальної власності (наданні земельних ділянок громадянам та юридичним особам у власність або в користування, відчуженні земельних ділянок державної або комунальної власності, укладенні, зміні, розірванні договорів купівлі-продажу, ренти, оренди земельної ділянки та інших договорів щодо

земельних ділянок, встановленні сервітуту, суперфіцію, емфітевзису, в тому числі прийнятті державними органами та органами місцевого самоврядування відповідних рішень) діють як органи, через які держава або територіальна громада реалізує повноваження власника земельних ділянок» [13].

Отже, реалізуючи повноваження, надані законом, органи місцевого самоврядування вступають з юридичними та фізичними особами у цивільні та господарські правовідносини. У таких правовідносинах територіальні громади є рівними учасниками земельних відносин з іншими юридичними та фізичними особами.

Зауважимо, що протягом останніх років земельної реформи розглянуто та прийнято низку ключових законодавчих актів, які покликані удосконалити та забезпечити конституційне право територіальних громад на землю, одним з найважливіших серед яких є Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення», що відкриває ринок земель сільськогосподарського призначення, з 1 липня 2021 року [11].

Надзвичайно важливим кроком на цьому етапі земельної реформи та децентралізації є передача земельних ділянок у комунальну власність об'єднаних територіальних громад [1].

Закон «Про внесення змін до Земельного кодексу України та інших законодавчих актів щодо удосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин» передбачає землі державної власності за межами населених пунктів (крім земель, які потрібні державі для виконання її функцій) відносити до комунальної власності сільських, селищних, міських рад. Цей Закон також встановлює чіткий механізм фіксування меж земель територіальних громад; органи місцевого самоврядування

отримають повноваження змінювати цільове призначення земельних ділянок приватної власності та матимуть повноваження затверджувати детальне планування території за межами населених пунктів, а також повноваження щодо державного контролю за використанням та охороною земель [12].

Це далеко не вичерпний перелік тих важливих законопроектів та інших нормативних актів на завершальному етапі земельної реформи, що стосуються саме реалізації права власності територіальних громад на землю. Однак про результати можна буде говорити лише після введення їх у дію та подальшої належної реалізації з неухильним дотриманням конституційних норм.

Отже, основні принципи земельних відносин задекларовані у Конституції України, відповідно до яких право на землю є абсолютним та гарантується державою. Незважаючи на доволі розгалужену систему правових норм, що регулюють сферу земельних відносин, не всі конституційні принципи реалізовані належним чином. Територіальні громади протягом тривалого періоду були значно обмежені у реалізації свого конституційного права на землю через неможливість розпоряджатися землями поза межами населених пунктів. Однак земля, яка знаходиться у комунальній власності і використовується для потреб місцевого населення, є одним із головних джерел матеріальної та фінансової основи місцевого самоврядування, виконує важливу роль у процесі забезпечення функціонування системи місцевого самоврядування. Протягом останніх років земельної реформи розглянуто та прийнято низку ключових нормативно-правових актів, які покликані удосконалити та забезпечити конституційне право територіальних громад на землю. Однак важливим засобом реалізації відповідних конституційних положень є їх втілення у галузевому законодавстві та практиці його застосування.

ЛІТЕРАТУРА

1. Деякі заходи щодо прискорення реформ у сфері земельних відносин : Постанова Кабінету Міністрів від 16 листопада 2020 року № 1113. URL: <https://www.kmu.gov.ua/nps/deyaki-zahedi-shchodo-priskorennya-reform-u-sferi-zemelnih-vidnosin-i161120-1113> (дата звернення: 28.04.2021).
2. Залуцький І.Р., Кулаковська О.І. Стан та тенденції становлення комунальної власності на землю в умовах формування матеріально-фінансової бази місцевого самоврядування. *Соціально-економічні проблеми сучасного періоду України*. 2013. Вип. 6 (104). С. 127–139. URL: [http://ird.gov.ua/sep/sep20136\(104\)/sep20136\(104\)_127_ZalutskyIR,KulakovskaOI.pdf](http://ird.gov.ua/sep/sep20136(104)/sep20136(104)_127_ZalutskyIR,KulakovskaOI.pdf) (дата звернення: 15.04.2021).
3. Каракаш І.І., Сидор В.Д., Харитонов Т.Є. та ін. Земельне право України : навчальний посібник. 2-ге вид., переробл. і доп. Одеса : Юридична література, 2017. 588 с.
4. Земельний кодекс України : Закон від 25 жовтня 2001 року № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
5. Авер'янов В.Б., Бойко В.Ф., Борденюк В.І. та ін. Коментар до Конституції України. Київ : Інститут законодавства Верховної Ради України, 1996. 376 с.
6. Конституція України, прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
7. Кулинич А.П. Особливості права комунальної власності на землю в об'єднаних територіальних громадах. *Часопис Київського університету права*. 2018. № 2. С. 261–265. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Chkup_2018_2_53 (дата звернення: 14.04.2021).
8. Носік В.В. Право власності на землю Українського народу : монографія. Київ : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.
9. Носік В.В. Проблеми здійснення права власності на землю українського народу : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.06 ; Київський національний університет ім. Тараса Шевченка. Київ, 2007. 34 с.
10. Озімок І.В. Конституційне право власності на землю в Україні та зарубіжних країнах: порівняльно-правове дослідження : дис. ... канд. юрид. наук ; Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2020. 293 с. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/17638/3/dysert_ozimok.pdf (дата звернення: 20.04.2021).
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31 березня 2020 року № 552-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#Text> (дата звернення: 28.04.2021).
12. Про внесення змін до Земельного кодексу України та інших законодавчих актів щодо удосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин : Закон України від 28 квітня 2021 року № 2194. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=66970 (дата звернення: 28.04.2021).
13. Про деякі питання практики розгляду справ у спорах, що виникають із земельних відносин : Постанова пленуму Вищого господарського суду України від 17 травня 2011 року № 06. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0006600-11#Text> (дата звернення: 15.04.2021).
14. Шульга М.В. Правові проблеми формування комунальної власності на землю. *Державне будівництво та місцеве самоврядування*. 2003. Вип. 6.
15. Юридична енциклопедія : в 6 т. / редкол.: Ю.С. Шемшученко (голова редкол.) та ін. Київ : Українська енциклопедія, 1998. URL: <http://leksika.com.ua/legal> (дата звернення: 14.04.2021).

ОБМЕЖЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА ЛЮДИНИ НА СВОБОДУ ПЕРЕСУВАННЯ В УМОВАХ ПАНДЕМІЇ В УКРАЇНІ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ

RESTRICTIONS OF HUMAN CONSTITUTIONAL RIGHT TO FREE MOVEMENT IN PANDEMIC CONDITIONS IN UKRAINE AND FOREIGN COUNTRIES

Рижкова Ю.А., студентка III курсу міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Закоморна К.О., к.ю.н., доцент кафедри державного будівництва

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Наукова стаття присвячена висвітленню питання щодо рівня обмеження прав та свобод людини і громадянина, які встановлюються, гарантуються та регулюються Основними законами низки зарубіжних країн та України у період поширення та збільшення масштабів пандемії COVID-19, викликаній коронавірусом SARS-CoV-2, зокрема це стосується права на вільне пересування. Автором охарактеризовано поточний стан перебігу подій в Україні, західних та європейських країнах світу щодо вжиття заходів запобігання поширення вірусу. Наведено статистичні дані стосовно стримування поширення небезпечної хвороби. Також у публікації досліджено Конституції та інші законодавчі й нормативно-правові акти зарубіжних країн, у яких закріплюються та регламентуються певні обмеження щодо прав та основоположних свобод людини і громадянина, які мають бути застосовані, що порівнюється із законодавством України. Автором проаналізовано порушення та помилки, що були допущені під час прийняття та введення у дію вищезазначених актів. Окрім цього, в роботі вміщено аналіз відповідних рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), у яких досить чітко розкриваються та аналізуються моменти порушення прав та свобод людини органами влади зарубіжних держав. Особливу увагу, зокрема, приділяється порушенню таких основоположних прав і свобод людини і громадянина, як право на свободу пересування, право особи на працю, право на соціальне забезпечення відповідних категорій населення. Авторами запропоновано перелік найбільш перспективних шляхів вирішення проблеми обмеження конституційних прав і свобод в умовах пандемії COVID-19. Зокрема, встановлено, що держави повинні забезпечити всім постраждалим особам та спільнотам доступ до чіткої, доступної, своєчасної та змістовної інформації щодо природи та масштабів загрози здоров'ю, можливого вжиття заходів зі зменшення ризиків, можливих наслідків та заходів із реагування на пандемію, що тривають. Також визначено варіант створення реальних умов, у яких держави повинні забезпечити кожній людині доступ до інструментів соціального захисту, у тому числі до оплачуваних лікарняних, медичних послуг, встановлено пріоритет виправити недоліки юридичної техніки.

Ключові слова: права та свободи людини і громадянина, правові обмеження, Конституція, пандемія коронавірусу COVID-19, здоров'я.

The scientific article is devoted to the issue of the level of restriction of human rights and freedoms, which are established, guaranteed and regulated by the Constitutions of some foreign countries during the spread and escalation of the COVID-19 pandemic caused by SARS-CoV-2 coronavirus. The author describes the current state of events in Ukraine, Western and European countries of taking measures to prevent the spread of the virus. Statistics on curbing the spread of a dangerous disease are presented. The publication also examines the Constitutions and other laws and regulations of foreign countries which enshrine and regulate certain restrictions of human rights and fundamental freedoms, and which must be applied, which is compared with the legislation of Ukraine. The author analyzes the violations and mistakes that were made during the adoption and implementation of the above acts. In addition, the article contains an analysis of the relevant decisions of the European Court of Human Rights, which quite clearly discloses and analyzes the violations of human rights and freedoms by the authorities of foreign countries. Particular attention is paid to the violation of such fundamental human and civil rights and freedoms as the right to freedom of movement, the right to work, the right to social security of the relevant categories of the population, etc. The author offers a list of the most promising ways to solve the problem of restriction of constitutional rights and freedoms in the context of the COVID-19 pandemic. In particular, it is established that states should ensure that all affected persons and communities have access to clear, accessible, timely and meaningful information on the nature and extent of health threats, the possible application of risk mitigation measures, possible consequences and ongoing pandemic response measures. It is also identified the option of creating real conditions in which states should provide everyone with access to social protection instruments, including paid hospital and medical services, and is set a priority to correct the shortcomings of legal techniques.

Key words: human and civil rights and freedoms, legal restrictions, Constitution, COVID-19 coronavirus pandemic, health.

У період сьогодення перед чи не усіма державами світу стоїть складна й відповідальна задача, що полягає у запобіганні поширення коронавірусної хвороби COVID-19, що об'єктивно потребує встановлення та вжиття комплексу протиепідемічних (організаційних, медико-санітарних, адміністративних тощо) заходів для профілактики поширення небезпечного вірусу, його локалізації та ліквідації. При цьому значною мірою такі заходи втілюються у різних формах обмеження реалізації конституційних, громадянських, політичних та інших прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина, а також у покладенні на них додаткових обов'язків. Досить слушно відзначає генеральний секретар ООН Антоніу Гутерреш, що пандемія COVID-19 є кризою охорони здоров'я, економічною та соціальною кризою, яка швидко стає кризою прав людини [1].

Проте, беручи до уваги рішення ЄСПЛ у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» від 18 січня 1978 р., зазначаємо, що держави де-факто мають значну

свободу розсуду для визначення заходів, необхідних для подолання надзвичайної ситуації. Водночас, як зазначається в Інструментарії Ради Європи щодо дотримання демократії, верховенства права та прав людини під час пандемії COVID-19 від 7 квітня 2020 р., законодавство щодо протидії COVID-19, у тому числі надзвичайні укази органів виконавчої влади, повинно відповідати конституції та міжнародним стандартам [2].

Нині в Україні триває третя хвиля коронавірусної хвороби, що тягне за собою відповідні обмеження деяких прав та свобод людини і громадянина. Так, основні права й свободи громадян регламентує Верховна Рада, закріплюючи їх у Конституції України. Зокрема, за статтею 33 Конституції, «кожному, хто на законних підставах перебуває на її території, гарантується свобода пересування, за винятком обмежень, які встановлюються законом» [3]. Проте на практиці така регламентація зазнає великих порушень. Зокрема, основні профілактичні та протиепі-

демічні заходи були запроваджені Постановою Кабінету Міністрів України «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2» від 11 березня 2020 р., що неодноразово змінювалася задля посилення встановлених нею обмежень [4]. Так, ключовим заходом карантину, який тією чи іншою мірою ускладнює реалізацію конституційних прав і свобод людини і громадянина, була заборона переміщення групою більше двох осіб, відвідування парків і зон відпочинку, перебування малолітніх у громадських місцях без супроводу, проведення всіх масових заходів. Таким чином, Рішенням Конституційного суду України від 28 серпня 2020 р. встановлено, що підзаконне рішення уряду про встановлення карантину за відсутності оголошеного надзвичайного стану може стосуватись тимчасового обмеження не конституційних, а виключно інших прав людини [5].

Варто зазначити, що на території багатьох зарубіжних держав діють подібні правові режими, встановлені органами державної влади, з літа 2020 р. При цьому функцію моніторингу даних та статистики поширення вірусу в багатьох країнах, заходи обмеження, що застосовуються, виконувало Міністерство закордонних справ України, яке закріпило «Оперативну інформацію щодо заходів, які вживаються іноземними країнами з протидії розповсюдженню COVID-19» від 21 червня 2020 р. [6].

Отже, актуальність роботи вбачається, зокрема, в тому, що в контексті забезпечення не лише дієвості, але й правомірності застосовуваних протиепідемічних заходів важливими є питання дотримання конституційних прав людини в умовах запобігання поширення COVID-19 в Україні та зарубіжних країнах. Дослідженням поставленого питання займалися такі вітчизняні науковці, як Н.О. Васюк, І.Я. Сенюта, З.С. Черненко, О.М. Ситніченко, О.І. Зозуля, які у своїх роботах висвітлювали рівень забезпечення органами державної влади санітарного та епідемічного благополуччя населення, а також аналізували конституційне регулювання права на охорону здоров'я у країнах Європейського Союзу та боротьбу за обмеження конституційних прав у дозволених межах. Розгляд цієї теми проводить у своїх працях низка зарубіжних дослідників, зокрема П. Гафуріні, В. Вонг, Дж. Амонг, М. Вурс, які розглядають вплив коронавірусної хвороби на розвиток прав людини, а також установа правових обмежень реалізації людиною своїх прав у періоді локдауну.

Зважаючи на вищезазначене, мету статті можемо сформулювати через такі завдання:

1) у компаративному аспекті охарактеризувати поточний стан перебігу подій у зарубіжних країнах щодо вжиття правових та організаційних заходів запобігання поширення вірусу;

2) дослідити обмеження такого природного права людини, як свобода пересування, аналізуючи конституції та інші нормативно-правові акти різних країн світу;

3) розглянути правові наслідки обмеження свободи пересування та їх вплив на порушення права людини на працю, соціальне забезпечення тощо через призму рішень ЄСПЛ;

4) встановити найбільш перспективні шляхи вирішення проблеми обмеження конституційних прав і свобод в умовах пандемії COVID-19.

Необхідно зазначити, що право на вільне пересування встановлено у перших актах конституційної значущості, зокрема у Великій хартії вольностей 1215 р., Петиції про право 1628 р., Хабеас Корпус Акті 1679 р. Як правило, вважають, що вперше у систематизованому вигляді це право з'явилося у Веймарській Конституції 1919 р., у статті 111 якої зазначається таке: «Всі німці користуються свободою пересування по всій імперії» [7].

Згодом право на вільне пересування набуло універсального характеру. Так, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (стаття 5), Між-

народний пакт про громадянські і політичні права 1966 р. (стаття 12) закріплюють, що кожному, хто законно перебуває на території будь-якої держави, належать у межах цієї території право на вільне пересування й свобода вибору місця проживання. Кожна людина має право покидати будь-яку країну, включаючи власну. Водночас обмеження свободи пересування задля захисту здоров'я, прав і свобод людини допускається Протоколом № 4 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 16 вересня 1963 р., статтею 12 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права від 16 грудня 1966 р., тому хоча держави запровадили певні обмеження окремих прав людини задля захисту громадського здоров'я в умовах пандемії, такі обмеження мають відповідати загальним стандартам прав людини.

Конституція США і Основні закони штатів гарантують кожному свободу пересування. Проте нині це положення порушується владою США шляхом видання Президентом указів, що перешкоджають як громадянам країни, так і іммігрантам вільно пересувати кордон країни. Прикладом такого порушення є Указ Джо Байдена «Про призупинення в'їзду як іммігрантів та неіммігрантів, деяких додаткових осіб, які становлять ризик передачі коронавірусної хвороби» від 25 січня 2021 р. Цей Указ обмежує поїздки до США громадян, які упродовж останніх 14 днів перебували на території будь-якої з 26 європейських країн-членів Шенгенської Угоди, Великої Британії, Ірландії, а також Китайської Народної Республіки, Бразилії та Ісламської Республіки Іран. Також в'їзд до США як іммігрантів чи неіммігрантів-негромадян, які фізично перебували в Південно-Африканській Республіці протягом 14-денного періоду, що передував їх в'їзду або спробі в'їзду до США, тим самим призупиняється та обмежується. Окрім цього, зазначені обмеження діють також для пасажирів, які перебували на території названих країн задля транзиту. У результаті цього величезна кількість людей не могла потрапити до своєї домівки, побачитися з рідними. Водночас 46 Президент ухвалив Указ «Про скасування заборони імміграційних віз» від 24 лютого 2021 р., за яким було анульовано попередній Указ 45 Президента США щодо призупинення імміграції до США через загрозу поширення COVID-19 [8].

Звертаючись до Конституційного акта Канади 1982 р., Частини I «Хартія прав і свобод» (пункт 6), маємо зазначити, що право людини на вільне пересування є фундаментальним [9]. Однак у період пандемії Уряд Канади також ухвалив Указ «Проголошення про закриття кордонів Канади для більшості іноземних громадян у зв'язку з COVID-19» від 23 лютого 2021 р. згідно з яким Канада обмежує в'їзд до країни та виїзд із неї, що суперечить положенню про свободу пересування [10]. У Канаді за останній час зростання числа захворюваності перевищило 7%, внаслідок чого у провінції Онтаріо введено режим надзвичайного стану, а провінція Квебек, що найбільш постраждала від COVID-19, стала першою в країні, яка ввела комендантську годину, щоб обмежити поширення коронавірусу.

Відповідно до Конституції Італійської Республіки 1947 р. (стаття 16), кожному громадянину гарантується право на вільне пересуватися й проживання в будь-якій частині національної території [11]. Водночас Італія стала чи не «антирекордсменом» за результатами кількості хворих на COVID-19, про що свідчать статистичні дані щодо загальної кількості осіб, що захворіли в країні, за увесь період поширення хвороби (3,5 мільйони осіб) [8]. Рада міністрів Італії ухвалила рішення про посилення обмежувальних заходів у зв'язку з пандемією коронавірусу і поширенням нових штамів COVID-19. Нині майже півкраїни переходить у «червону» зону карантинних обмежень. У регіонах, що належать до «червоної» зони, не працюють школи, університети, кафе та ресторани. Продаж усіх товарів не щоденного попиту зупинили, а свободу

пересування в регіонах суворо обмежили. Люди можуть залишати свої помешкання лише для поїздки на роботу або за нагальної потреби. Зазначені нововведення в країні свідчать про порушення невід'ємного права особи на вільне пересування.

Так, згідно зі статтею 11 Основного закону ФРН, всі німці користуються свободою пересування по всій території Федерації [12]. Водночас у Німеччині з грудня 2020 р. діє жорсткий локдаун, який уже неодноразово подовжували, востаннє – до 18 квітня 2021 р. Потрапити до країни можна лише за вагомих підстав, скажімо, в разі нагального відрядження. Крім того, згідно з ухваленими в рамках локдауну нормами, готелі не мають права надавати можливості ночівлі для туристів. У Німеччині діють обмеження на в'їзд із багатьох країн, рішення про які приймає Федеральне міністерство внутрішніх справ Німеччини. Як правило, можливим є в'їзд із держав-членів ЄС; асоційованих членів Шенгенської зони, а саме Ісландії, Норвегії, Швейцарії, Ліхтенштейну; інших країн, в'їзд із яких дозволяється на підставі проведеної ЄС оцінки епідеміологічної ситуації.

Більш того, неоднозначною новиною карантинного режиму в Німеччині стало створення ізоляторів для злісних порушників карантинних обмежень. Виконавчий директор Ради округів землі Зенке Шульц назвав ізолятор “ultima ratio” – останнім аргументом щодо злісних порушників коронавірусного карантину. Сюди з початку лютого 2021 р. за рішенням суду відправляють особливо впертих порушників. Ізолятор не є в'язницею в традиційному сенсі. «Ув'язненим» дозволено користуватися телевізором, ноутбуком, телефоном. Є у камері також свій душ. Крім того, тим, хто там перебуває, надається психологічна підтримка. Однак відмінність від комфортного перебування вдома все ж таки є, адже до ізолятора люди потрапляють за рішенням суду, отже, ті, хто там опинився, мають виконувати інструкції охоронців. Проте існує досить багато аргументів проти таких ізоляторів, зокрема, через те, що порушуються права людини і громадянина. Так, проти ізоляторів для порушників карантину виступила Ліва партія Німеччини, де їх офіційний представник з питань охорони здоров'я Ахім Кесслер висловив думку про те, що «нам не потрібно ще більше репресій і примусу. Нам потрібно більше інвестицій у захист населення і просвітницька робота в питаннях охорони здоров'я. Під захистом маються на увазі безкоштовні медичні маски для всіх і якнайшвидша загальна вакцинація».

Отже, безсумнівно, функціонування цих ізоляторів є порушенням статті 11 Основного закону ФРН. До того ж оскільки тримання в ізоляторі позиціонується як один із видів покарання порушників карантинних вимог, то таке положення має міститися у відповідно створеному нормативно-правовому акті, який би встановлював покарання й такі порушення, а також регламентував процедуру такого затримання. На подібні порушення вже раніше звертав увагу ЄСПЛ у своєму рішенні «Гайдн проти Німеччини» від 13 січня 2011 р., у якій особу було понаднормово затримано у місці позбавлення волі, через що було порушено статтю 5 Конвенції: «Кожен має право на свободу та особисту недоторканність. Нікого не може бути позбавлено свободи, крім таких випадків і відповідно до процедури, встановленої законом» [13].

Варто зазначити, що наслідком обмеження права на вільне пересування є обмеження права на працю. Це право II покоління закріплено на національному й міжнародному рівнях. Наприклад, стаття 15 Хартії основних прав Європейського Союзу 1996 р. встановлює право кожної людини на працю і на здійснення професійної діяльності, яку вона вільно вибирає або на яку вона вільно погоджується. Розвиваючи право на працю, стаття 38 Конституції Італії проголошує право кожного громадянина на підтримку та соціальне забезпечення. Зважаючи на це, у березні 2020 р. Уряд

Італії ухвалив Указ № 18 «Підтримуючи Італію» (“Cura Italia”), метою якого стало надання підтримки Національній службі охорони здоров'я, а також надання допомоги сім'ям, працівникам і підприємствам (зокрема, малого й середнього бізнесу), яких торкнулась надзвичайна ситуація, викликана епідемією COVID-19 [14]. У рамках цього Указу Уряд створив спеціальний фонд підтримки працівників, які через пандемію припинили трудові відносини або скоротили свою трудову діяльність, але важливим моментом є те, що такий акт було видано “ad hoc” і ним встановлювався лише конкретний період дії соціальної допомоги населенню. Нині ситуація полягає в тому, що, як зазначають інформаційні канали Італії, право громадян на працю оффлайн обмежується, проте рівень соціального забезпечення таких громадян вкрай низький, що створює перепони для нормального майнового забезпечення сімей. На ці порушення вказав ЄСПЛ у своєму рішенні у справі «Казарін проти Італії» від 11 лютого 2021 р., у якій держава фактично вже надала людині соціальну допомогу, проте вимагала її повернення, що становило порушення статті 1 Протоколу № 1 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [15].

Наостанок варто навести досвід карантинних обмежень Угорщини, що є наступною країною, що також встановила антирекорд захворюваності на COVID-19 за добу. Так, статтею 19 Конституції проголошено, що Державні збори, здійснюючи свої права, що впливають із суверенітету народу, забезпечують захист конституційного ладу суспільства, визначають його організацію, розвиток і умови управління [16]. Водночас Закон «Про надзвичайну ситуацію в Угорщині» від 30 березня 2020 р. встановлює низку обмежень прав громадян. По-перше, у період надзвичайної ситуації в країні скасовуються вибори й референдуми (парламентські вибори заплановані на 2022 р., місцеві вибори проведені у 2019 р.), що порушує виборчі права громадян, гарантовані статтею 70 Конституції Угорщини. По-друге, Закон закріплює новий злочин, несумісний із міжнародним правом і стандартами в галузі прав людини. Він передбачає, що будь-хто, хто втручається в роботу карантинного або ізоляційного порядків, може бути засуджений до тюремного ув'язнення строком до п'яти років, причому покарання збільшується до восьми років, якщо хтось помирає внаслідок цього втручання. По-третє, зазначений правовий акт надає виключні безстрокові повноваження Уряду. Фактично голова Уряду Віктор Орбан отримав можливість керувати країною одноосібно за допомогою указів, а уряд змозже за потреби продовжити надзвичайну ситуацію без схвалення парламенту. Єдиним органом у країні, який відтепер може скасувати рішення уряду, є Конституційний суд. Через це Закон «Про надзвичайну ситуацію в Угорщині» активно критикують міжнародні правозахисні організації, називаючи його, зокрема, «першою диктатурою» в Європі. Такі положення, звичайно, суперечать зазначеній статті Конституції Угорської Республіки.

Отже, в Україні та зарубіжних країнах спостерігається спільна тенденція до обмеження права людини на вільне пересування. Проте встановлення та реалізація в рамках запобігання поширенню COVID-19 обмежень основних прав людини у демократичній, соціальній, правовій державі та громадянському суспільстві мають відповідати критеріям правомірності (відповідність змісту та процедури обмежувальних заходів Конституції та іншим правовим актам, міжнародним стандартам прав людини), обґрунтованості (реальні протиепідемічні цілі), пропорційності (переважання інтересів охорони здоров'я нації перед правами конкретної людини) та тимчасовості.

Так, необхідно, по-перше, створити реальні умови, в яких держава повинні забезпечити кожній людині доступ до інструментів соціального захисту, зокрема до оплачуваних лікарняних, медичних послуг, відпусток по догляду за

дітьми чи особами на утриманні на випадок їхньої хвороби або на період карантину, а також відпусток для догляду за дітьми, які не ходять до школи через карантин.

По-друге, держави повинні забезпечити всім постраждалим особам та спільнотам доступ до чіткої, доступної, своєчасної та змістовної інформації щодо природи та масштабів загрози здоров'ю, можливого вжиття заходів зі зменшення ризиків, можливих наслідків та заходів із реагування на пандемію, що тривають, адже якщо реакція держави на коронавірус заснована на обмеженні доступу до інформації, недостатній прозорості та цензурі, то влада ризикує підірвати право на «пошук, отримання» і розповсюдження інформації та ідей будь-якого виду», а також право на доступ до інформації про здоров'я. Окрім того, таким чином вони ставлять під загрозу ефективність реакції системи охорони здоров'я.

По-третє, важливим є встановлення реального доступу осіб до медичної допомоги. Відповідно до міжнародних стандартів з дотримання права на здоров'я, медичні засоби, установи та послуги, у тому числі доступ до лікування та майбутніх вакцин і ліків від коронавірусу, повинні бути доступними в необхідній кількості для всіх, особливо для найбільш вразливих та знедолених груп населення, які мають отримати до них доступ на недискримінаційній основі.

По-четверте, доцільно погодитися з думкою науковця О.І. Зозулі про те, що на дотриманні громадянських і політичних прав людини в Україні негативним чином позначаються недоліки юридичної техніки (зокрема, термінології) правових актів щодо запобігання поширенню COVID-19, несвоєчасність встановлення та оновлення профілактичних і протиепідемічних заходів (обов'язкова самоізоляція, обробка персональних даних без згоди особи тощо), відсутність або несвоєчасність закріплення порядку їх реалізації, значні прогалини та колізії у формулюванні таких заходів, що унеможливають їх точну та одноманітну реалізацію, а також недостатня правороз'яснювальна робота, відсутність усталеної та одноманітної судової практики щодо порушень конституційних прав людини і правил карантину [17, с. 16].

Отже, усунення вищенаведених недоліків потребує насамперед розгорнутого правового врегулювання, з одного боку, обмежень, а з іншого боку, гарантій реалізації основних прав людини в умовах пандемії COVID-19 в Україні та зарубіжних країнах. Безперечно, в умовах швидкого поширення пандемії коронавірусу COVID-19 перше місце посідає турбота та захист здоров'я усього населення країни, проте важливо пам'ятати саме про пропорційне та законне обмеження прав і свобод конкретних громадян, зловживання якими є неприпустимим у правовій та демократичній державі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Antonio G. We are all in this Together: Human Rights and COVID-19 Response and Recovery. URL: <https://www.un.org/en/un-coronavirus-communications-team/we-are-all-together-human-rights-and-covid-19-response-and>.
2. Respecting democracy, rule of law and human rights in the framework of the COVID-19 sanitary crisis: a toolkit for member states of April 7, 2020 № SG/Inf (2020)11 / Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/sg-inf-2020-11-respecting-democracy-rule-of-law-and-human-rights-in-th/16809e1d91>.
3. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 33.
4. Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2 : Постанова Кабінету Міністрів України від 11 березня 2020 р. № 211. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/211-2020-п#Text>.
5. Рішення Конституційного суду України у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік»» від 28 серпня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v010p710-20#Text>.
6. Оперативна інформація щодо заходів, які вживаються іноземними країнами з протидії розповсюдженню COVID-19 : Міністерство закордонних справ України від 21 червня 2020 р. URL: <https://mfa.gov.ua/news/operativna-informaciya-shchodo-zahodiv-yaki-vzhivayutsya-inozemnimi-krayinami-z-protidii-rozpovsyudzhennyu-covid-19>.
7. Конституція Німецької імперії (Веймарська Конституція) від 11 серпня 1919 р. URL: [http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1919\(08\)11.reich.php](http://www.hai-nyzhnyk.in.ua/doc2/1919(08)11.reich.php).
8. The President Revoking Proclamation 10014 of February 24, 2021. URL: <https://www.aila.org/infonet/proclamation-revoking-immigrant-visa-bans>.
9. Конституційний акт Канади від 17 квітня 1982 р. URL: https://www.concourt.am/armenian/legal_resources/world_constitutions/constit/canada/canada-f.htm.
10. Temporary restriction of travelers crossing US-Canada and Mexico land borders for non-essential purposes of March 18, 2021. URL: https://help.cbp.gov/s/article/Article-1596?language=en_US.
11. Constitution of the Italian Republic of January 1, 1948. URL: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/it/it037en.pdf>.
12. Основной закон Федеративной Республики Германии от 23 мая 1949 г. URL: https://www.1000dokumente.de/?c=dokument_de&dokument=0014_gru&l=ru&object=translation.
13. Рішення ЄСПЛ у справі «Гайдн проти Німеччини» від 13 січня 2011 р. URL: <https://roseurosud.org/r/st-5/postanovlenie-espch-gajdn-protiv-germanii>.
14. Декрет-закон «Підтримуючи Італію» від 17 березня 2020 р. № 18 URL: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2020/03/17/20G00034/sg?fbclid=IwAR3HIQfjW7U8fgwCsxvgVcO5_CnfQQuA_kaWgtCrKzp3pcuIkIDAJ75eS_g.
15. Рішення ЄСПЛ у справі «Казарін проти Італії» від 11 лютого 2021 р. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/ES069419>.
16. Constitution of Hungry Republic of April 18, 2011. URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2013?lang=en.
17. Зозуля О.І. Громадянські та політичні права людини в умовах запобігання поширенню COVID-19 в Україні. Форум Права. 2020. Вип. 2 (61). С. 6–22.

КОНЦЕПЦІЯ ДЕВОЛЮЦІЇ В ІСТОРІЇ ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ

THE CONCEPT OF DEVOLUTION IN THE HISTORY OF GREAT BRITAIN

Самусьва К.В., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню особливого різновиду децентралізації у Великій Британії – деволуції. Розкрито поняття «децентралізація», її сутність та правову природу. Висвітлено визначення концепції деволуції в британській доктрині. Розглянуто види деволуційних процесів, які відбуваються у Великій Британії. Виділено основні передумови появи деволуції, причини, які сприяли виникненню та розвитку цього явища. Також значну увагу приділено позитивним наслідкам деволуції як у політичному, так і в соціально-економічному розвитку регіонів. Наведено думки науковців щодо змін, які відбулися у регіонах Великої Британії. Крім того, висвітлені статистичні дані, які вказують на те, що впровадження концепції є позитивним явищем у житті населення.

Проаналізовано бачення концепції деволуції центральним урядом, його ставлення до цього. Розглянуто основні мотиви, якими керувався центральний уряд під час передачі повноважень регіональним органам.

Досліджено особливості та специфічні риси деволуційних процесів у різних регіонах Великої Британії, а саме Шотландії, Уельсі, Північній Ірландії. Всі вони мають власний темп впровадження та розвитку деволуції, власні регіональні органи, які відповідають за виконання законодавчих та виконавчих повноважень. Крім того, проаналізовано численні законодавчі акти та проведені референдуми, присвячені наданню самостійності регіональним органам від початку розвитку концепції до сьогодні.

У статті досліджено ключові фактори, що вплинули на розвиток деволуції. Передусім аналізується вплив такого важливого явища, як Брекзїт, на деволуційні процеси, ставлення до нього населення Шотландії, Уельсу, Північної Ірландії, а також наслідки виходу Великої Британії з ЄС. Також аналізується сучасний стан регіонів, їх плани щодо подальшого розвитку деволуційних процесів. Розглянуто можливість отримання незалежності деяких регіонів Великої Британії, передусім Шотландії та Північної Ірландії, основні причини, які підштовхнули до проведення референдумів про незалежність.

Ключові слова: деволуція, адміністративна деволуція, місцеве самоврядування, Парламент Шотландії, Асамблея Уельсу, Парламент Північної Ірландії, референдум про незалежність, Брекзїт.

The article is devoted to the study of a special kind of decentralization in Great Britain – devolution. The concept of “decentralization”, its essence and legal nature are revealed. The definition of the concept of devolution in British doctrine is covered. The types of devolutionary processes that take place in Great Britain are considered. The main preconditions for the emergence of devolution, the reasons that contributed to the emergence and development of this phenomenon. Considerable attention is also paid to the positive consequences of the devolution in both the political and socio-economic development of the regions. The opinions of scientists on the changes that have taken place in the regions of Great Britain are given. In addition, statistics are highlighted, which indicate that the implementation of the concept is a positive phenomenon in the life of the population.

The vision of the concept of devolution by the central government, its relation to it is analyzed. The main motives of the central government in the transfer of powers to regional bodies are considered.

Specific features of devolution processes in different regions of Great Britain: Scotland, Wales, Northern Ireland have been studied. They all have their own pace of implementation and development of the devolution, their own regional bodies, which are responsible for the implementation of legislative and executive powers. In addition, numerous legislative acts were analyzed and referendums were held on granting independence to regional bodies from the beginning of the concept development to the present.

The article examines the key factors that influenced the development of devolution. First of all, the influence of such an important phenomenon as Brexit on the evolutionary processes, the attitude of the population of Scotland, Wales, Northern Ireland, and the consequences of Great Britain's withdrawal from the EU is analyzed. It also analyzes the current state of the regions, their plans for further development of devolutionary processes. The possibility of gaining the independence of some regions of Great Britain, especially Scotland and Northern Ireland, is considered, the main reasons that prompted the referendums on independence.

Key words: devolution, administrative devolution, home rule, Scottish Parliament, Welsh Parliament, Northern Ireland Assembly, Scottish independence referendum, Brexit.

Постановка проблеми. Нині у регіонах Великої Британії відбувається розвиток деволуції державної влади як різновиду децентралізації. Внаслідок цього виникає багато проблем, пов'язаних з обсягом переданих повноважень від центральної влади до регіональних органів.

Актуальність теми зумовлена тим, що перехід до децентралізованого управління є характерною ознакою для великої кількості як розвинених країн, так і країн, що розвиваються. Це стосується також України, процес децентралізації в якій розпочато у 2014 році з прийняттям Концепції реформи місцевого самоврядування та територіальної організації влади в Україні (1 квітня 2014 року), Законів України «Про співробітництво територіальних громад» (17 червня 2014 року), «Про добровільне об'єднання територіальних громад» (5 лютого 2015 року) та змін, внесених до Бюджетного і Податкового кодексів, щодо фінансової децентралізації. З урахуванням зарубіжної практики децентралізації, передусім деволуції у Великій Британії, можна визначити позитивні наслідки, до яких приводить децентралізація, та ймовірні труднощі, з якими може стикнутися Україна.

Метою статті є встановлення особливостей правових та організаційних механізмів деволуції як форми децентралізації у Великій Британії.

Виклад основного матеріалу. У сучасних вітчизняних і зарубіжних дослідженнях під децентралізацією розуміють такий спосіб визначення та розмежування завдань, функцій, відповідальності, за якого їх більшість передаються з рівня центральних органів на рівень нижчий і стають власними завданнями та повноваженнями органів нижчого рівня, представників громадянського суспільства й приватного сектору. Сутність децентралізації розкривається через її вплив на адміністративно-територіальній устрій держави, систему органів публічної адміністрації, розподіл між ними функцій, повноважень та фінансових ресурсів. Правова природа децентралізації полягає у визначенні її як раціонального способу організації публічної влади, особливого процесу публічного управління, ключового принципу демократичного режиму, сукупності правових та інституціональних механізмів владарювання, частини світових тенденцій розвитку суспільних відносин, філософії процедур управління

та алгоритму поведінки політичних акторів [1]. Деволюція є формою децентралізації в країнах, які належать до англосаксонської правової сім'ї.

У британській доктрині деволюція розглядається «як передача повноважень із прийняття рішень від центрального уряду до субнаціональних парламентів» або, як зазначає В. Богданор, «передача повноважень від вищого до нижчого політичного органу» [2, с. 279; 3, с. 10]. Явище відрізняється від федералізму тим, що передані повноваження можуть бути тимчасовими, отже, зрештою, все одно вирішуватися в центральному уряді, тому держава залишається де-юре унітарною. Будь-яке законодавство про створення делегованих парламентів або асамблей може бути скасовано центральним урядом так само, як і звичайний статут. Федеральні системи або федерації відрізняються тим, що автономія від держави гарантується конституцією [4, с. 135]. На цьому етапі слід зазначити, що в теоретичному аспекті передача повноважень може розглядатися як така, що відповідає британській політичній традиції, оскільки вона має на меті зберегти таку центральну особливість британської конституції, як парламентський суверенітет [5, с. 215].

Щоби зрозуміти причини деволюції, необхідно проаналізувати для початку етапи виникнення Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії. Велика Британія виникла шляхом укладення низки двосторонніх договорів. Так, у середині XVI століття до Англії увійшов Уельс. Пізніше, у 1706–1707 роках, між Шотландією та Англією був укладений Союз, після якого утворилося Сполучене Королівство Великої Британії. Остаточне формування держави відбулося після проголошення Акта про союз між Великою Британією та Ірландією у 1800 році, внаслідок якого північна частина Ірландії була включена до складу Великої Британії. Територіальні зміни сприяли утворенню нової сучасної держави, офіційною назвою якої є Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії. Звичайно, регіони мають різноманітні розбіжності між собою. Вони полягають у різних офіційних релігіях, численних правових системах, системах місцевого самоврядування, міністерської та відомчої відповідальності за різні території в межах Великої Британії. Все це викликає труднощі, асиметрію наявних механізмів управління, що привело до появи такої концепції, як деволюція [6, с. 1].

Концепція «деволюція» протягом довгого часу розглядалась на політичному порядку денному Великої Британії. Рух за неї розвивався поступово і так само поступово набирала прихильників. Британський дослідник М. Еванс стверджував, що «історично деволюція використовувалась як інструмент політики британських урядів для асиміляції вимог націоналістичних рухів у країнах, що прагнуть більшої автономії» [5, с. 223]. Отже, цілком очевидно, що з боку британського уряду деволюція була своєрідним запобіжним заходом, вимушеним політичним кроком, відповіддю на вимоги регіонів. Крім того, британський уряд бачив у деволюції можливість покласти частину відповідальності за вирішення соціальних проблем на регіональні органи. Британський експерт із проблем регіоналізму Б. Смоллі зазначав, що «органи місцевого самоврядування розташовані найближче до громадян. Ці органи відповідальні за реалізацію тих чи інших ініціатив після їхнього запровадження» [7, с. 1].

Дійсно, запровадження деволюції мало позитивний вплив на соціальне становище населення. Так, за останні роки знизився рівень бідності та покращилися показники зайнятості на всій території Великої Британії [7, с. 2]. Ці факти підтверджує праця Д. МакКормік та А. Херрок. Знавці виявили, що «розрив між регіонами із найкращими та найгіршими показниками зменшився на 12 показників із 16, включаючи всі заходи, спрямовані на боротьбу з безробіттям та допомогою малозабезпеченим сім'ям. Загалом

зменшилися соціальні та економічні відмінності між південною та північною частинами Великої Британії» [8, с. 9].

Деволюція набула багатьох форм у Шотландії, Уельсі та Ірландії (пізніше – Північна Ірландія) ще у XVIII столітті. Вже тоді вирізняли: адміністративну деволюцію, тобто практику передачі обов'язків центральним урядом територіальним управлінням; виконавчу, тобто практику передачі прерогативних повноважень уряду Великої Британії міністрам делегованих урядів; законодавчу, тобто практику передачі правотворчих повноважень Вестмінстера до інших законодавчих органів Великої Британії [9, с. 5]. Існування цих видів концепції відображало природу Великої Британії, яка, як стверджував професор Дж. Мітчелл, ніколи не була унітарною державою, а була «державою союзів» [10, с. 15].

Ірландія стала першим регіоном, який із 1870-х років під керівництвом Ч.С. Парнелла боровся за запровадження самоуправління [6, с. 2]. Історія деволюції у Північній Ірландії вражає кількістю законодавчих актів, спрямованих на впровадження самоврядування. Поштовхом до розгляду концепції стало прийняття у 1866 році законопроект уряду Ірландії, широко відомого як Закон про перше самоврядування, розробленого лібералом прем'єр-міністром В. Гладстоном. Метою законопроект стало створення делегованої асамблеї Ірландії, яка мала керувати в деяких сферах [6, с. 2]. Угода мала подвійне значення для британського уряду, оскільки пропонувалось не лише вирішення ірландської проблеми, але й впровадження процесу деволюції в інших регіонах [3, с. 109]. Проте цей законопроект був відхилений у Палаті громад, як і другий у 1893 році в Палаті лордів. Третій законопроект був запропонований у 1912 році прем'єр-міністром Г.Г. Асквітом на основі угоди з ірландською парламентською партією. Подальша ірландська війна за незалежність (1919–1922 роки) привела до того, що він так і не вступив в силу. Четвертий законопроект був введений в дію у 1920 році прем'єр-міністром Д.Л. Джорджем. Саме він розділив Ірландію на Північну і Південну. Парламент Північної Ірландії, створений відповідно до цього акта, був розпущений у 1972 році у зв'язку з дестабілізацією ситуації в Північній Ірландії після початку так званої смути наприкінці 60-х років XX століття [9, с. 17].

Установчі збори Північної Ірландії (1975–1976 роки) і друга Асамблея (1982–1986 роки) не увінчалися успіхом у відновленні децентралізації. За відсутності передачі повноважень і поділу влади Уряд Сполученого Королівства і Уряд Ірландії офіційно погодилися співпрацювати з питань безпеки, правосуддя й політичного прогресу в англо-ірландській угоді, яку було підписано 15 листопада 1985 року [11, с. 16]. Нарешті, у 1998 році була підписана Белфастська угода, згідно з якою створена нова Асамблея Північної Ірландії, яка проіснувала до 2002 року та була припинена через зрив мирного процесу [11, с. 17]. Згідно з Угодою Асамблея Північної Ірландії здійснювала повноцінні законодавчі та виконавчі повноваження щодо тих питань, які зараз перебувають у віданні шести департаментів урядів Північної Ірландії, з подальшою можливістю взяти на себе відповідальність за інші питання. Лише у 2007 році новоствореній Асамблеї були повністю передані виконавчі повноваження. Орган був розпущений у 2011 році у зв'язку з підготовкою до виборів нового складу четвертої Асамблеї. П'ята Асамблея була скликана в травні 2016 року та проіснувала лише один рік.

Асамблея та виконавча влада Північної Ірландії були відновлені 11 січня 2020 року, тобто більш, ніж через три роки після їх розпаду. Зібрання органу поклало край політичній кризі в Північній Ірландії. Колапс системи перш за все був пов'язаний із конфліктом між двома головними партіями регіону, а саме Демократичною юніоністською та «Шин Фейном». У 2017 році в Північній Ірландії виник конфлікт через ініціативу з фінансування переходу на аль-

тернативні джерела обігріву. Міністерка регіону А. Фостер, яка виступала ініціатором переходу на відновлювальну енергетику, відмовилася йти у відставку, внаслідок чого про відставку оголосив її заступник М. МакГінес із «Шин Фейну». Оскільки Кабінет Міністрів Північної Ірландії формується за принципом обов'язкового представництва, а «Шин Фейн» відмовився від призначення нового заступника першого міністра, Уряд перестав працювати [11, с. 30]. Варто зазначити, що Асамблея 2017 року офіційно не була призупинена, а її члени продовжували проводити цілий комплекс заходів в округах [11, с. 24].

Щодо Шотландії, то Міністерство по справах Шотландії, а саме представницький орган регіону, було утворено у 1885 році. Саме ця подія стала початком поступового впровадження деволюції [9, с. 6]. Шотландська асоціація місцевого самоврядування була сформована у 1886 році й стала «першим парламентським політичним шотландським національним рухом». Ця Асоціація сприяла створенню законодавчого органу Шотландії з повним контролем над усіма суто шотландськими питаннями та з виконавчим урядом, відповідальним перед нею і центральними органами влади [12, с. 116]. Впродовж наступного століття Асоціація та кілька інших організацій, рухів та політичних партій пропонували різні варіанти статусу Шотландії: від «Домініона» в межах Британської імперії до запровадження концепції деволюції через Шотландську Асамблею або парламент в Единбурзі. Королівська комісія з питань конституції, яка звітувала у 1973 році, рекомендувала безпосередньо обраній Шотландській Асамблеї займатися більшістю внутрішніх шотландських справ [9, с. 6].

Перший референдум про передачу влади був проведений у 1979 році згідно із Законом Шотландії 1978 року, проте він не увінчався успіхом. Отже, Шотландський закон 1978 року після голосування в парламенті був скасований. Після поразки прихильники деволюції, зокрема Кампанія Шотландської Асамблеї, продовжували боротьбу за передачу влади [9, с. 6]. Другий референдум про передачу влади відбувся у 1997 році. Передумовою цієї події стало розроблення у 1995 році лейбористською партією двох питань референдуму, пов'язаних з передачею Шотландському парламенту повноважень у фінансовій сфері. Через два роки лейбористська партія перемогла у генералітеті Великої Британії у 1997 році та прийняла Закон про референдум (Шотландія та Уельс). На відміну від Закону Шотландії 1978 року, він не включав поріг явки. У 1997 році 74% виборців проголосували за Шотландський парламент, в тому числі 63% погодилися з тим, що він повинен мати повноваження у фінансовій сфері [9, с. 6].

Таким чином, у 1998 році остаточно сформувався Закон Шотландії, зміни в який вносилися у 2012 та 2016 роках. У ньому містяться так звані загальні та конкретні застереження до дій парламенту. Так, парламент не має права на вирішення питань, пов'язаних із Конституцією, рестацією та фінансуванням політичних партій, міжнародними відносинами, в тому числі з територіями за межами Великої Британії, ЄС, міжнародним розвитком та регулюванням міжнародної торгівлі. Конкретні застереження охоплюють окремі соціальні та економічні сфери, а саме фінансові та економічні питання, крім переданих повноважень у сфері податків, внутрішні справи, торгівлю та промисловість, енергетику, транспорт, соціальне забезпечення, регулювання професій та зайнятість [9, с. 7].

Велику роль у розвитку деволюції відіграла Шотландська національна партія, яка постійно відстоювала інтереси шотландського народу зі своїм потенціалом та ресурсами щодо набуття незалежності від центру [15]. Незалежність дала б Шотландії свободу як нації, свободу приймати власні рішення та вживати заходів, які сприяють зростанню економіки [16, с. 4]. Передусім у Маніфесті партії 2010 року зазначалися аргументи щодо надання Шотландії повної незалежності. Найголо-

внішим з них є те, що народ регіону є окремою нацією, яка може існувати самостійно. Крім того, лейбористська та консервативна партії пропонували різні підходи до розвитку регіону, що негативно відображалось на Шотландії [17, с. 18–20]. У 2014 році був проведений референдум за незалежність Шотландії, який закінчився поразкою. Однак велика кількість громадян, які проголосували за незалежність, підтвердила важливість цього питання на порядку денному, а також підвищила поступки центрального уряду щодо повноважень [17]. Так, прем'єр-міністр країни Д. Кемерон пообіцяв партії, що в разі, якщо регіон залишиться у складі Великої Британії, буде проведена подальша деволюція [18].

У 2016 році був проведений референдум у Великій Британії щодо можливого виходу країни з ЄС. Він докорінно змінив політичну ситуацію та став проблемою для регіонів Великої Британії, адже в них були абсолютно різні погляди на цю ситуацію. За вихід країни з ЄС проголосували 51,9%, а за збереження членства – 48,1% [19]. Отже, Брекзїт став додатковим і важливим фактором щодо проведення нового легітимного референдуму за незалежність Шотландії, оскільки населення регіону підтримувало політику ЄС. За даними 2017 року, 60% шотландців не були готовими до проведення другого референдуму про незалежність [20]. Однак 29 травня 2019 року Уряд Шотландії опублікував законопроект про процедуру проведення референдуму в Шотландії. Відповідно до нього, другий референдум про вихід Шотландії зі складу Великої Британії запланований до кінця 2021 року. Приводом до прийняття такого рішення стало підписання Договору про вихід з ЄС із 31 січня 2020 року [21].

Щодо Уельсу, то політичні вимоги до автономії вперше було сформульовано наприкінці XIX століття. У 1965 році був заснований відповідний відділ, а саме офіс Уельсу, який знаходився в Уайтхоллі та Кардіффі. Варто сказати про особливий характер деволюції в Уельсі. Так, Уельс, увійшовши до складу Великої Британії, фактично повністю втратив самостійність. За даними, наведеними науковцями, протягом усього XX століття кількість людей, які володіли рідною мовою, різко зменшувалась. Вже у 1981 році на ній говорив тільки 21% населення Уельсу, а до 1991 році – всього 18% [3, с. 153], тому саме етнокультурні особливості було покладено в основу уельського національного руху. Вимоги збереження національної мови стали найважливішим питанням деволюції в Уельсі. Крім того, в регіоні панували інші проблеми регіонального розвитку, такі як спад економічного розвитку, криза традиційних для регіону галузей промисловості, необхідність удосконалення системи адміністративного управління, боротьба за перерозподіл фінансових коштів.

Ще однією специфічною рисою деволюції в Уельсі протягом більшої частини XX століття було те, що Лейбористська партія Уельсу не так серйозно ставилась до ідеї делегування владних повноважень. Наслідком цього є невдача першого референдуму щодо деволюції в Уельсі у 1979 році [13, с. 57]. Лейбористський уряд доручив відповідному офісу Уельсу лише виконавчі повноваження, не наділяючи його жодними законодавчими. Другий референдум відбувся через довгий проміжок часу, а саме у 1997 році. Цій події передувало укладення таких документів, як “Shaping the Vision” (1995 рік) та “Preparing for a New Wales” (1996 рік). У червні 1996 року партія також взяла на себе зобов'язання провести попередній законодавчий референдум, а після загальних виборів 1997 року опублікувала Білу книгу «Голос за Уельс» [9, с. 12].

Референдум відбувся 18 вересня 1997 року, тобто через тиждень після голосування в Шотландії. У результаті за проголосували 50,3% виборців. Після референдуму був проголошений Акт 1998 року, згідно з яким Асамблея наділялась повноваженнями у сфері сільського господарства, рибальства й лісництва, культури, економічного

розвитку та промисловості, освіти та спорту, захисту довкілля, охорони здоров'я, житлової політики, місцевого самоврядування, соціальної політики, туризму, водопостачання і водних ресурсів, мови. Усі інші питання вирішувалися центральними органами. Повноваження передавалися у сферу відповідальності Асамблеї відповідно до урядового декрету, який у 1999 році ухвалив британський Парламент за спрощеною процедурою [14, с. 51–52].

Деволуція в Уельсі, на відміну від інших регіонів Великої Британії, мала незавершений характер, що в подальшому викликало необхідність прийняття центральними органами законів про поступове розширення повноважень Асамблеї. Створення у 2002 році формального уряду Асамблеї Уельсу на чолі з Першим міністром спричинило необхідність внесення істотних змін в Уельський Акт 1998 року. Для вироблення пропозицій у липні 2002 року була створена Комісія з питань повноважень і виборчої системи Національної Асамблеї Уельсу на чолі з лордом Р. Амманфордскім. Крім цього, передбачалося значно розширити повноваження Асамблеї та поступово передати їй законодавчі функції за прикладом шотландської моделі, однак з більшими обмеженнями [9, с. 13].

У червні 2005 року Уряд Т. Блера, слідуючи своїм передвиборчим зобов'язанням, представив у Парламенті Великої Британії Білу книгу «Реформування управління в Уельсі», в якій виклав своє бачення реформи Асамблеї. Однак викладені в Білій книзі пропозиції стали основою нового Акта про уряд Уельсу 2006 року. Згідно з цим Актом, законодавча влада Національної Асамблеї могла приймати лише вторинне законодавство, тобто інструкції. Таке положення повністю виключало законодавчу ініціативу органу, адже Асамблея лише доповнювала та уточнювала парламентські закони. Звісно, таке рішення не задовольняло ні представників Асамблеї, ні населення Уельсу, адже їхнє життя повністю залежало від центру, тому у 2011 році був проведений референдум. Короткий опис у виборчих бюлетенях проінформував виборців про те, що Національна асамблея Уельсу прийняла закони лише у 20 галузях та лише з деяких питань. Для прийняття закону з будь-якого іншого питання Асамблея мала просити згоду Парламенту Великої Британії. Щоб змінити цю систему, більшість валлійського електорату мала дати позитивну відповідь на питання «Чи хочете ви, щоб Асамблея зараз могла приймати закони з усіх питань, на які вона має повноваження?» [21, с. 194]. Так і сталося, 63,49% проголосували за, а 36,51% – проти. Референдум відіграв значну роль у розвитку деволуції в Уельсі, оскільки продемонстрував єдність жителів у підтримці деволуційних процесів та значний прогрес порівняно з 1997 роком.

Рівень громадської підтримки впровадження та розвитку деволуційної реформи став мірилом відчуття національної ідентичності у політичному вимірі [22, с. 12].

У 2017 році був прийнятий новий Закон Уельсу з поправками до Закону 2006 року. Найголовнішим положенням стало переведення Асамблеї до моделі децентралізації «зарезервованих повноважень» разом із запровадженням низки нових повноважень, пов'язаних з оподаткуванням, економічним розвитком. Перехід до цієї моделі означає, що Асамблея може вільно приймати законодавство з усіх питань, крім тих, право на прийняття яких має виключно Вестмінстер, таких як оборона, закордонні справи та правосуддя. Крім того, всі повноваження було вирішено розподілити на загальні та конкретні, як раніше було зроблено в Шотландії [9, с. 13]. Незважаючи на розширення автономії Уельсу, комітет Асамблеї з питань конституційних та законодавчих питань дійшов висновку, що Закон Уельсу 2017 року надмірно ускладнює деволуцію, а не спрощує. Він не перетворює Національну асамблею на сучасний законодавчий орган. Закон позбавляє жителів Уельсу можливості розвитку найкращих державних служб, а також прийняття скоординованих дій у багатьох важливих сферах політики, які б могли підвищити якість життя та процвітання валлійських громадян [23, с. 11]. Можливо зробити висновок, що цей Акт має неоднозначний характер, адже, з одного боку, повноваження були розширені, а з іншого боку, деякі питання у важливих сферах життя були повністю виключені із законодавчої ініціативи Асамблеї.

Висновки. Досвід Великої Британії дає змогу стверджувати, що реалізація децентралізації в Україні відкриває великі перспективи. Передусім це стосується забезпечення спроможності місцевого самоврядування самостійно вирішувати питання місцевого життя. Зокрема, з розвитком децентралізації роль громадян у процесі прийняття рішень щодо соціального та економічного життя зростає. Також вона може сприяти наданню високоякісних та доступних публічних послуг, становленню інститутів прямого народовладдя, узгодженню інтересів держави та територіальних громад.

Практика британської деволуції свідчить про те, що для того, щоб не зіткнулися з такими проблемами, як асиметричність, двосторонній характер угод між центром і регіоном, необхідно розробляти планову стратегію щодо децентралізації. Центральний уряд має враховувати інтереси та потреби населення регіонів, аби зберегти цілісність країни. Децентралізація здатна забезпечити демократизацію суспільних відносин, тому що вона передбачає не розділення, а створення можливостей для розвитку держави на основі пріоритету повноважень регіонів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Закоморна К. Поняття децентралізації публічної влади у вітчизняній та зарубіжній доктрині. *The Journal of Eastern European Law*. 2019. № 60. С. 57–63.
2. Garnett M., Lynch P. *Exploring British Politics*. London. 2009. 592 p. URL: <https://www.taylorfrancis.com/books/mono/10.4324/9780429030864/exploring-british-politics-mark-garnett-peter-dorey-philip-lynnch>.
3. Bogdanor V. *Devolution in the United Kingdom* (Oxford: OUP). 1999. 342 p. URL: <https://archive.org/details/devolutioninunit0000bogd?vew=theater>.
4. Hall M. *Political Traditions and Scottish Devolution*. 2009. 322 p. URL: <https://etheses.bham.ac.uk/id/eprint/429/1/Hall09PhD.pdf>.
5. Evans M. *Constitution making and the Labour party*. London : Palgrave, 2003. 370 p. URL: <https://link.springer.com/book/10.1057/9780230502260>.
6. Blick A. *Devolution in the UK: Historical Perspective*, King's College. 2017. 9 p. URL: <https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/devolution-uk-historical--827.pdf>.
7. McCormick J., Harrop A. *Devolution's impact on low-income people and places. Joseph Rowntree Foundation*. 2010. 20 p. URL: https://www.basw.co.uk/system/files/resources/basw_94702-7_0.pdf.
8. Palmer G. *The impact of devolution. Indicators of poverty and social exclusion*. 2010. 37 p. URL: <https://www.jrf.org.uk/sites/default/files/jrf/migrated/files/impact-of-devolution-long-term-care-poverty-exclusion.pdf>.
9. Torrance D. *Introduction to devolution in the UK. BRIEFING PAPER*. 2019. Number CBP 859. 49 p. URL: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8599>.
10. Mitchell J. *Devolution in the UK*. Manchester : Manchester University Press, 2011. 272 p. URL: <https://muse.jhu.edu/book/67628>.
11. Torrance D. *Devolution in Northern Ireland, 1998–2020. BRIEFING PAPER*. 2020. Number CBP 8439. 44 p. URL: <https://commonslibrary.parliament.uk/research-briefings/cbp-8439>.
12. Morton G. *The first Home Rule Movement in Scotland 1886–1918*. 2000. 122 p. URL: <https://discovery.dundee.ac.uk/en/publications/the-first-home-rule-movement-in-scotland-1886-to-1918>.

13. Jones B. *Welsh Politics and Changing British and European Contexts*. British Regionalism and Devolution. The Challenges of State Reform and European Integration. Routledge Press, 2004. 58 p. URL: <https://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1111/1467-856X.00119>.
14. Bulmer S., Burch M., Carter C., Hogwood P., Scott A. *British Devolution and European Policy Making*. Transforming Britain into Multi-level Governance. Palgrave MacMillan, 2002. 221 p. URL: <https://www.palgrave.com/gp/book/9781403900104>.
15. Heart of the Manifesto 2001. Political Science Resources. URL: <http://www.politicsresources.net/area/uk/e01/man/snpman01.pdf>.
16. Stewart K., Watt. M., Balfour M., Weir M. If Scotland matters to you make it matter. 2005. 24 p. URL: <https://www.yumpu.com/en/document/read/53569042/if-scotland-matters-to-you-make-it-matter-in-may>.
17. Scotland decides: SCOTLAND VOTES NO. *BBC News*. URL: <http://www.bbc.com/news/events/scotland-decides/results>.
18. Scottish independence: Cameron, Miliband and Clegg sign “No” vote pledge. *BBC News*. 2014. Sept. 16. URL: www.bbc.com/news/uk-scotland-scotland-politics-29213418.
19. Hunt A., Wheeler B. Brexit: All you need to know about the UK leaving the EU. *BBC News*. 2018. URL: <http://www.bbc.com/news/uk-politics-32810887>.
20. Becket A. Sturgeon’s dreams of a second Scottish independence referendum shattered by new poll. *Business Insider UK*. 2017. URL: <https://www.google.com/amp/s/www.businessinsider.com/poll-majority-of-scottish-people-dont-want-second-independence-referendum-sturgeon-2017-6%3famp>.
21. Dorey P. *Policy Making in Britain*. London – New Delhi – Thousand Oaks – Singapore : SAGE, 2004. 308 p. URL: https://www.sagepub.com/sites/default/files/upm-binaries/61585_Dorey_Policy_Making_in_Britain.pdf.
22. Toszek. B. Political Dimension of Welsh Identity after Devolution: Factor or Fiction? *Polish Political Science Yearbook*. 2016. Vol. 45. P. 353–366. URL: <https://marszalek.com.pl/yearbook/docs/45/ppsy2016026.pdf>.
23. Féron H. The Good Friday Agreement in Northern Ireland: a model for regional democracy? 2005. 21 p. URL: <https://ecpr.eu/Filestore/PaperProposal/0ebe655a-8c68-42d7-94c5-67e37c3f75ce.pdf>.

РЕАЛІЗАЦІЯ ПРОЦЕДУРИ ІМПІЧМЕНТУ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ДОСВІД ДЛЯ УКРАЇНИ

THE REALIZATION OF AN IMPEACHMENT PROCEDURE IN FOREIGN COUNTRIES: EXPERIENCE FOR UKRAINE

Скрипник Ю.О., студентка III курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Курчевьонюк Г.Є., студентка III курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена дослідженню процедури імпічменту як невід'ємної складової частини системи «стримувань і противаг». Так, цей інститут спрямований на недопущення узурпації влади вищими посадовими особами у разі одночасного створення умов для максимально ефективного й законного виконання покладених на них завдань.

Автори звертають увагу на варіативність розуміння терміна «імпічмент», при цьому зазначаючи, що нині світова спільнота досягла порівняно усталеної думки щодо останнього. При цьому дослідження питання класифікації моделей імпічменту робить очевидним наявність значних відмінностей його реалізації в різних країнах світу. Дослідники зауважують, що проблематика імпічменту лежить у площині загальнополітичних процесів, які характеризують рівень розвитку демократії в країні. Отже, з метою більш ґрунтовного розуміння особливостей зазначеного механізму запропоновано систематизувати моделі імпічменту залежно від низки підстав.

Автори зазначають, що першочергову роль у регулюванні процедури імпічменту в будь-якій країні мають конституційні норми, не є винятком і Україна. Підвищений інтерес серед високопосадовців і населення до створення дієвого механізму імпічменту в Україні дав підставу для прийняття 10 вересня 2019 року нового Закону «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпічмент)». Проте в статті зауважується, що саме прийняття такого нормативного акта не змінює наявну процедуру притягання глави держави до відповідальності, а лише частково усуває низку законодавчих розбіжностей.

Таким чином, дослідження акцентує на практичній реалізації механізмів усунення глави держави від влади та класифікації моделей імпічменту за низкою підстав. На основі проведеного аналізу вказуються наявні проблеми та переваги моделей як вітчизняного, так і зарубіжного інститутів імпічменту, а також надані пропозиції щодо вдосконалення конституційно-правового регулювання порядку притягнення Президента України до відповідальності.

Ключові слова: імпічмент, президент, припинення повноважень, конституційна відповідальність, моделі, класифікація.

The article is devoted to the analysis of the impeachment mechanism as an important element of the checks and balance principle. This law institution should prevent unlawful seizure of power, but at the same time create favorable conditions for productive and legal work.

The authors explore a variety of "impeachment" definitions, making the conclusion about relative stable understanding of it. Meanwhile, the classification exploration of the impeachment models shows lots of distinctions between different ways of realization of this mechanism in foreign countries. At the same time, the problems of impeachment are in the plane of the general political processes that characterize the level of democracy development in the country. Therefore, the authors propose to systematize the models of impeachment, depending on different reasons.

Constitutional rules play a prime role in regulating the impeachment procedure in any country, and Ukraine is no exception. Particular attention to creating efficient law mechanism among officials and people was instrumental in adoption by Verkhovna Rada in 2019 the Law of Ukraine "On the special procedure for removal of the President of Ukraine from the post (impeachment)". But, the article concentrates on the moment that only the adoption the Law establishing the procedure for impeachment of the President of Ukraine does not in any way change the existing procedure for bringing the head of the state to responsibility and just partly eliminates several law collisions.

So, the article focuses on the practical implementation of the mechanisms of removal of the head of state from power and on the classification of impeachment models. Based on that, the authors outline the existing problems and advantages of the impeachment institution in Ukraine and foreign countries and define proposals for improving the constitutional and legal regulation of the procedure for bringing the President of Ukraine to responsibility.

Key words: impeachment, the President, termination of powers, constitutional responsibility, models, classification.

Постановка проблеми. Стабільне функціонування державного апарату при його поділі на законодавчу, виконавчу та судову гілки можливе лише за наявності чіткого та дієвого механізму «стримувань і противаг». Останній має, з одного боку, сприяти активному та плідному співробітництву державних структур, а з іншого – надавати та зберігати певну самостійність та свободу дій того чи іншого органу державної влади в межах визначеної компетенції. Так, одним із методів контролю системи «стримувань і противаг» за діяльністю вищих посадових осіб є процедура імпічменту.

Найбільш поширеним у світі стало передбачення можливості застосування зазначеної процедури саме до голови держави. Говорячи про Україну, варто звернути увагу на роль останнього в системі розподілу державної влади. Так, ст. 102 Конституції України зазначає, що Президент є гарантом державного суверенітету, територіальної цілісності України, додержання Конституції України, прав і свобод людини і громадянина. Останні ж реформи полі-

тичної сфери в Україні свідчать про підвищення інтересу до цієї посади та переосмислення її значення та місця в системі вищих органів державної влади. Пошук найбільш оптимальної моделі інституту президентства вимагає дослідження та аналіз як зарубіжного, так і національного досвіду. Так, український механізм імпічменту був розроблений шляхом запозичення основних постулатів цього інституту у країнах усталеної демократії [1, с. 51]. Однак спроби інтерпретації призвели до ускладнення цієї процедури, що своєю чергою майже повністю нівелювало можливість її проведення на практиці. Наслідками такої ситуації стала поява ймовірності неправового вирішення питання про відповідальність президента.

Усі ці обставини зумовили необхідність доопрацювання та вдосконалення механізму імпічменту Президента України та інших вищих органів державної влади. Результативність вирішення цього питання напружає залежність від дослідження правової природи імпічменту, його призначення і місця в структурі відповідальності, а також

врахування відповідного зарубіжного досвіду реалізації цієї процедури.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемні аспекти функціонування та реалізації інституту імпічменту тривалий час досліджувалися як зарубіжними, так і вітчизняними вченими: Ю. Барабаш, Ю. Войтенко, О. Волощук, А. Георгіца, В. Журавський, К. Закоморна, Д. Зал, А. Коваленко, М. Козюбра, І. Кресіна, Л. Кривенко, Т. Кузьма, Р. Мартинюк, О. Мельник, Т. Миськевич, Б. Мохончук, Л. Наливайко, В. Погорілко, А. Рубан, Н. Сахаров, М. Стагквичус, В. Сухонос, І. Тодика, Ю. Шемшученко.

Проте навіть попри наявність великої кількості праць із досліджуваної теми все ще залишаються відкритими до дискусій питання щодо доцільності застосування тієї чи іншої моделі імпічменту, процедурні особливості, перспективи розвитку та ін.

Виклад основного матеріалу дослідження. Процедура імпічменту має досить тривалу історію розвитку. Це свідчить про усвідомлення людиною важливості формування інституту контролю за балансом влади у суспільстві. Варто зазначити, що залежно від особливостей конституційного права та умов розвитку тієї чи іншої країни момент закріплення процедури імпічменту як державного механізму різняться.

Історія пов'язує виникнення інституту імпічменту з розвитком форм парламентського контролю в Англії XIV ст. Проте різні джерела неоднаково трактують розуміння цієї процедури в Англії того часу. Деякі автори стверджують, що імпічмент був сформований як різновид кримінального процесу. Парламент міг застосовувати його проти урядових чиновників, внаслідок чого винні особи мали або сплатити штраф, або їх засуджували до ув'язнення чи до страти. Інші дослідники зазначають, що навіть у ті часи відповідальність за процедурою імпічменту була політичною [2, с. 160]. З кінця XVIII ст. інститут імпічменту почав поширюватися по всьому світу.

Досить цікавим є морфологічне дослідження походження терміна «імпічмент». Він походить від латинського «*impedio-are*», що перекладається як «захоплювати» або «вловлювати». З англ. «*impeachment*» – осуд, обвинувачення. Також деякі джерела пов'язують цей термін із латинським словом «*impius*», що означає «нечестивий, злочинний, мерзотний» [3, с. 200].

Загалом сучасне розуміння терміна «імпічмент» також досить різноманітне. Це своєю чергою зумовило виникнення численної кількості визначень, які по-різному висвітлюють його сутність та зміст. Так, Б. Мохончук визначає імпічмент як спеціальну процедуру притягнення до конституційно-правової відповідальності посадових осіб держави за невиконання покладених на них обов'язків або за порушення норм конституції чи законів країни [4, с. 500–501]. П. Шляхтун вказує, що це конституційно встановлений порядок притягнення парламентом до відповідальності вищих посадових осіб держави (президента, міністрів та ін.) за порушення ними законів [5, с. 172]. Також слушним є зауваження Т. Цимбалістого, що імпічмент можна тлумачити як одну з форм конституційної відповідальності, яка настає у випадках і порядку, передбачених у конституції держави, а підставою її настання є вчинення конституційного правопорушення (делікту) [1, с. 52]. На особливу увагу заслуговує визначення імпічменту як «засобу самозахисту народу» [6, с. 18]. Відповідно до нього ця процедура розглядається як спосіб захисту народних інтересів та життєвих цінностей від свавілля вищих посадових осіб держави, які зловживають своїм становищем і дискредитують державну владу. Застосовується такий засіб захисту до конкретної особи, якщо її дії не відповідають загальноприйнятим нормам гідної поведінки в суспільстві. У цьому розумінні імпічмент відіграє велику роль у формуванні правової демократичної держави.

На нашу думку, різноманітність тлумачення терміна «імпічмент» зумовлена тим, що конституційна процедура його проведення в країнах закріплена по-різному. Зокрема, істотні відмінності полягають у підставах і суб'єктах імпічменту, що й зумовлює таке широке коло термінологічних розбіжностей.

Ми своєю чергою погоджуємося з науковою думкою, яка визначає імпічмент як особливу форму контролю за балансом державної влади, що виражається у спеціальній процедурі притягнення до відповідальності вищих посадових осіб держави за порушення норм законодавства країни або за невиконання чи неналежне виконання покладених на них обов'язків [13, с. 121].

Отже, можна констатувати, що нині імпічмент є одним із найважливіших елементів системи «стримувань і противаг». Його законодавче закріплення є показником правової держави. І хоча найбільшого поширення імпічмент набув у країнах із республіканською формою правління, процес становлення та розвитку інституту імпічменту досі триває [2, с. 159]. Так, відповідна процедура запроваджується у дедалі більшій кількості країн, модернізуючись під їхні конкретні особливості, відбувається вдосконалення сучасних моделей з урахуванням досвіду провідних демократичних країн тощо.

Переходячи до систематизації варіантів механізму імпічменту, варто звернути увагу на особливості підстав притягнення до цього різновиду конституційно-правової відповідальності в законодавствах країн світу.

Так, Б. Мохончук пропонує класифікацію моделей імпічменту залежно від підстав його застосування [4, с. 501–502]:

- імпічмент на підставі підписання відповідальною особою актів монарха;
- імпічмент як відповідальність за вчинення злочину. Цей критерій виділяє такі підстави його застосування: державна зрада (у Франції, Чехії); вчинення злочинів, що зараховані до категорії таких, які становлять значну суспільну небезпеку (в Угорщині, Фінляндії); вчинення будь-якого злочину (Киргизстан); вчинення державної зради або іншого тяжкого чи особливо тяжкого злочину (Білорусь, Росія);
- імпічмент за відсутності чітко визначених законодавчих підстав (наприклад, порушення (Греція) чи грубе порушення (Болгарія) Конституції, недостойна поведінка (Мальта)).

Зважаючи на те, що притягнення членів уряду до відповідальності перед судом можливе не тільки на підставі вчинення злочину, ми пропонуємо доповнити наведену класифікацію. У таких країнах, як Австрія, Польща та Фінляндія, парламент, зокрема нижня палата, може ухвалити відповідне рішення у разі порушення членом уряду закону, яке може не бути злочином. У Литві та Монголії такою підставою визначене порушення присяги, а у Данії – неналежне виконання членами уряду посадових обов'язків.

У країнах із монархічною формою правління особа монарха визнається священною, а тому, як зауважує Г. Малкіна, «він не відповідає за будь-які, навіть кримінально карні дії» [7, с. 43]. У своїй праці дослідниця ілюструє свої роздуми розглядом Конституції Бельгії. Так, у ст. 88 Конституції Бельгії вказується: «Особа Короля недоторкана; його міністри відповідальні». І хоча фактично в наведених країнах відсутнє законодавче закріплення підстав для відставки голови держави, однак не можна говорити про відсутність у таких країнах інституту імпічменту. Доповнюючи думку Г. Малкіної, варто звернути увагу на те, що у згаданих країнах, як правило, здійснення повноважень монархом можливе лише за умови одночасної контрасигнації відповідними міністрами. Саме тому останні можуть бути притягнуті до конституційно-правової відповідальності. Отже, хоч застосування інституту імпічменту прямо і не назива-

ється в Конституції Бельгії, ст. 103 закріплює спеціальну процедуру притягнення до відповідальності міністрів, яка за своєю сутністю дуже схожа на імпичмент [8].

Беручи до уваги тривалий період історичного розвитку інституту імпичменту, доречно навести класифікацію за критерієм походження. Отже, виділяють такі моделі:

1) *англійська модель*. Відповідно до неї член уряду чи президент за парламентським рішенням притягається до відповідальності перед судом загальної або спеціальної юрисдикції за злочини або інші протиправні діяння, що були скоєні ними під час здійснення повноважень. За цим критерієм можна виділити країни, в яких ця справа розглядається судом загальної юрисдикції (Іспанія, Румунія), спеціальним судом (Данія, Ісландія, Норвегія, Польща, Фінляндія), спеціальним судом *ad hoc* (Греція), конституційним судом (Австрія, Туреччина). Наслідком реалізації процедури імпичменту за цією моделлю є усунення відповідної особи з посади, а щодо президента – ще й позбавлення недоторканності;

2) *американська модель*. Головною її особливістю є те, що порядок дострокового припинення повноважень президента або деяких інших посадових осіб за визначені діяння повністю або переважно реалізується в парламенті. У конституції зазвичай передбачається або порядок притягнення президента до відповідальності перед судом за парламентським рішенням, або порядок його усунення з посади, який частково або повністю проводиться в парламенті. Наприклад, конституція Ірландії надає повноваження з ініціації імпичменту обом палатам парламенту. У такому випадку інша палата ухвалюватиме рішення про усунення президента з посади.

Деякі держави встановлюють більш ускладнену процедуру проведення імпичменту. Так, наприклад Конституція Росії зараховує порушення питання про усунення з посади президента до компетенції Державної Думи. Таке обвинувачення має підтвердити своїм висновком Верховний Суд, зокрема зазначити наявність у діях президента ознак злочину, а також аналогічним актом Конституційний Суд – про додержання встановленого порядку висунення обвинувачення. Після цього рішення про усунення президента має ухвалити Рада федерації, причому це має бути зроблено у суворо визначений термін, після спливу якого в разі відсутності ухваленого рішення обвинувачення вважається відхиленим.

До того ж у низці країн можуть бути передбачені дещо інші положення, які регламентують проведення відповідної процедури в однопалатному парламенті. Так, рішення про усунення посадової особи ухвалюється на основі кваліфікованої більшості зазвичай у дві третини від загального складу парламенту (виключення: Казахстан – $\frac{3}{4}$ від загального складу кожної з палат парламенту; Азербайджан – 95 голосів депутатів парламенту із 125 можливих). Варто зауважити, що за таких законодавчих вимог процедура імпичменту набуває фіктивного характеру через малореальність її реалізації.

Треба звернути увагу на роботу І. Кресіної, яка наводила схожу класифікацію, однак за іншою підставою – залежно від органу, який приймає рішення про застосування імпичменту [9, с. 82–84]. Зокрема, дослідниця виділяє три основні моделі:

1) реалізація всього процесу імпичменту президента в парламенті (США);

2) вирішення питання імпичменту спеціально створеним судовим органом, а парламент чи палата парламенту виступають лише як інстанції обвинувачення (Франція);

3) вирішення питання імпичменту органом конституційної юстиції, а парламент чи палата парламенту, як і в попередній моделі, лише висувають обвинувачення (Німеччина).

Розглядаючи питання досягнення кінцевої мети проведення процедури імпичменту, а саме відсторонення особи

з певної державної посади, варто звернути увагу на особливості наслідків її реалізації. Так, у країнах, де підставою процедури імпичменту є вчинення злочину, гостро постає питання про момент реалізації конституційно-правової та кримінальної відповідальності. Залежно від цих наслідків можна виділити такі моделі:

– з одночасним настанням кримінальної та конституційно-правової відповідальності. Яскравим прикладом є Угорщина, де позбавлення посади Президента Конституційним судом може бути поєднане з призначенням будь-якого покарання, передбаченого Кримінальним кодексом;

– з послідовним настанням: спочатку застосування конституційно-правової відповідальності, а вже після – кримінальної. Тобто наслідком процедури імпичменту для відповідної особи буде втрата недоторканності, після чого кримінальне покарання до неї буде застосоване в загальному порядку. Така модель запроваджена в більшості країн світу, зокрема в Україні.

Продовжуючи думку про Україну, треба зазначити, що бажання створити дієвий механізм імпичменту має високу популярність як серед високопосадовців, так і серед населення. Нині в Конституції України та новому Законі України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпичмент)» закріплюються такі стадії імпичменту: ініціювання пропозиції Верховною Радою; створення тимчасової слідчої комісії; розгляд Верховною Радою її висновків та пропозицій; прийняття Верховною Радою рішення про звинувачення, його перевірка Конституційним Судом та Верховним Судом; підготовка судових рішень та їх передача до Верховної Ради; за наявності позитивних висновків – розгляд і прийняття Верховною Радою рішення про усунення Президента України в порядку імпичменту.

Також варто звернути увагу на рішення Конституційного Суду України від 10.12.2003 р. № 19-рп/2003 в якому зазначено, що встановлена Конституцією України процедура імпичменту є єдиним способом притягнення Президента України до конституційної відповідальності та за своєю правовою природою не аналогічна обвинуваченню. Тому немає підстав вважати досудовим слідством проведення розслідування слідчою комісією, яка створюється парламентом. У разі порушення кримінальної справи проти глави держави на нього поширювалася б юрисдикція уповноважених органів протягом усього періоду досудового слідства та розгляду справи в судах, що позбавило б його права недоторканності та змоги належним чином виконувати покладені на нього конституційні повноваження.

Отже, імпичмент у системі конституційних інститутів за своєю правовою природою є позасудовим конституційним процесом. За його змістом парламент у разі вчинення злочину Президентом України може усунути останнього з поста, припинивши таким чином його повноваження. Проте слабе регулювання можливості реалізації процедури імпичменту чинним спеціальним законодавством зумовлює необхідність звернення до норм кримінального та кримінально-процесуального законодавства. Наприклад, ч. 2 ст. 7 Закону України «Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпичмент)» відсилає до Кримінального процесуального кодексу України, а формулювання підстав імпичменту у ст. 111 Конституції України як «вчинення державної зради або іншого злочину» вимагає для їх встановлення звернення до Кримінального кодексу України. Тут варто зазначити альтернативну думку Б. Мохончука щодо доцільності зміни підходу до трактування цієї термінологічної бази. Так, автор зазначає, що з огляду на політичну сутність природи вищих державних посад в окремих країнах категорія «державна зрада» може розумітися швидше в політико-правовому, аніж кримінальному аспекті [5, с. 501–502].

Незважаючи на позицію Конституційного Суду, у процедурі українського імпичменту все ж можна виокремити

деякі елементи досудових процедур, а саме: створення тимчасової спеціальної слідчої комісії, призначення спеціальних слідчих та спеціального прокурора, винесення обвинувального вироку, надання висновків Конституційним та Верховним судами України. Аналіз наведених етапів дає змогу погодитись, що процедура імпичменту в Україні набуває квазісудового характеру [13, с. 120]. Проте при цьому неможливо говорити про наявність судового процесу. Це зумовлено відсутністю основних процесуальних постулатів: принципів змагальності, диспозитивності, свободи в дослідженні й збиранні доказів і, найголовніше, немає обвинувального вироку суду, оскільки рішення приймається парламентом. Оскільки правосуддя в Україні здійснюється виключно судами і компетенція судів поширюється на усі відносини, виникає низка неузгодженостей у розумінні природи інституту імпичменту в Україні.

Ще одна суперечність впливає із п. 3 ч. 2 ст. 5 Закону України «Про спеціальну процедуру усунення Президента України з поста (імпичмент)», в якій закріплена можливість залучення експертів та інших спеціалістів для дослідження й оцінки доказів. Оскільки порядок їх залучення передбачається Кримінально-процесуальним кодексом, який поширює свою дію саме на кримінальне провадження, постає питання, яким чином це положення узгоджується зі ст. 1 Закону та наведеною позицією Конституційного Суду [13, с. 120].

Отже, з огляду на зазначені конституційні суперечності, що ускладнюють швидкість та дієвість використання механізму в Україні, варто акцентувати на необхідності доопрацювання процедурних аспектів імпичменту.

На думку українських дослідників, процедура імпичменту має запобіжне значення і напрацьована лише в теорії [9, с. 95]. Така думка сформувалася, оскільки притягнення глави держави до відповідальності в порядку імпичменту є швидше виключенням, аніж правилом. На практиці механізм імпичменту в більшості країн застосовується рідко або ж взагалі не застосовується. Проте відомі приклади завершені процедури імпичменту. Це

усунення із посади президента Литви Р. Паксаса та президента Бразилії Д. Русеф [14, с. 155].

Висновки. Отже, імпичмент нині є важливим елементом системи «стримувань і противаг», законодавче закріплення якого є показником правової держави і гарантією запобігання узурпації влади главою держави.

Незважаючи на порівняну усталеність розуміння терміна «імпичмент», все ж очевидно є наявність значних відмінностей його реалізації в різних країнах світу залежно від особливостей конституційного права, умов розвитку тієї чи іншої країни, складності притягнення до такого виду відповідальності, підстави застосування, органу, який приймає відповідне рішення, та особливостей наслідків. Різноманітність моделей реалізації процедури імпичменту в зарубіжних країнах свідчить саме про широту і багатогранність досліджень у зазначеній сфері.

Україна ж ще знаходиться на шляху становлення ефективної системи «стримувань і противаг» і питання запровадження процедури імпичменту є дискусійним, тому говорити про дієвість досліджуваної процедури в контексті українського законодавства ще досить складно, на відміну від, приміром, США. Практичний досвід та приклади правового регулювання процедури імпичменту в розвинених зарубіжних країнах є гарною опорою для вдосконалення та внесення поправок до вітчизняного законодавства. Останні, перш за все, мають стосуватися зменшення кількості етапів цього механізму, а також більш ґрунтовної регламентації процесуального аспекту процедури.

При цьому нормативне регулювання процедури має бути збалансованим. Так, з огляду на наявність у президента низки дискреційних повноважень зазначений інститут має забезпечувати запобігання концентрації влади в одних руках та зміщення осі державної влади в бік гаранта. Водночас це не має створювати для президента залежність від розкладу політичних сил у парламенті і нівелювати сутність процедури. Саме досягнення такого балансу сприятиме формуванню ефективної та дієвої системи «стримувань і противаг».

ЛІТЕРАТУРА

1. Цимбалістий Т.О. Інститут імпичменту в системі конституційно-правової відповідальності. *Актуальні проблеми правознавства*. 2017. № 2. С. 51–55.
2. Шевчук А.З. Історія виникнення та розвитку інституту імпичменту у зарубіжних державах. *Держава і право*. 2012. № 57. С. 158–165.
3. Гіжевський В.К., Чиж І.С. Популярна юридична енциклопедія. Юрінком Інтер. 2003. 527 с.
4. Мохончук Б.С. Щодо питання про класифікацію існуючих моделей імпичменту (теоретичний аспект). *Форум права*. 2011. № 5. С. 500–504.
5. Шляхтун П.П. Конституційне право: словник термінів. Либідь. 2005. 568с.
6. Наливайко Л.Р., Пізнюк І.В. Процедура імпичменту: проблемні питання. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2016. № 3. С. 18–21.
7. Малкіна Г.М. Політична відповідальність глави держави. *Політичний менеджмент*. 2008. № 2. С. 42–50.
8. The Belgian Constitution. URL: https://www.dekamer.be/kvvcr/pdf_sections/publications/constitution/GrondwetUK.pdf (дата звернення: 27.03.2021)
9. Кресіна І.О., Коваленко А.А., Балан С.В. Інститут імпичменту: порівняльний політико-правовий аналіз. Київ : Юридична думка. 2004. 173 с.
10. Конституція України : станом на 17 лютого 2020 р.: відповідає офіц. тексту. Харків : Право, 2020. 76 с.
11. Про особливу процедуру усунення Президента України з поста (імпичмент) : Закон України від 10.09.2019 р. № 39-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/39-20> (дата звернення: 25.03.2020).
12. Рішення Конституційного Суду України від 30 вересня 2010 р., № 20-пн/2010 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10> (дата звернення: 29.03.2021).
13. Скрипник Ю.О. Імпичмент: вдосконалення механізму застосування в Україні крізь призму зарубіжного досвіду. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 119–122.
14. Ковачев Д.А. Конституционное право государств Европы : уч. пособ. Wolters Kluwer Russia, 2005. 320 с.
15. Рубан А.А. Процедура імпичменту в сучасній політичній практиці США: висновки для України. *Міжнародні відносини*. 2019. № 20. («Політичні науки»). URL: http://journals.iir.kiev.ua/index.php/pol_n/issue/view/218
16. Сухонос В.В. Імпичмент як спосіб припинення повноважень глави держави: конституційний та політико-правовий аспекти. *Правовий вісник Української академії банківської справи*. 2014. № 1. С. 3–6.
17. Закоморна К., Зал Д. Імпичмент у системі стримувань і противаг: досвід країн американського континенту. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 5. С. 164–170.

ІНСТИТУТ ДЕПУТАТСЬКОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ ТА ЙОГО СКАСУВАННЯ В УКРАЇНІ

INSTITUTE OF DEPUTY INVIOABILITY AND ABOLISH IT IN UKRAINE

Сорока Є.Є., студентка I курсу

*Інститут прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Горбачевська Д.В., студентка I курсу

*Інститут прокуратури і кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

У статті, яка присвячена дослідженню інституту депутатської недоторканності в Україні та аналізу його відповідних засад, фігурує ідея, що депутатський імунітет виступає юридичною гарантією правового статусу членів парламенту та є конституційно-правовою гарантією незалежного парламентського контролю. Він не є особистим привілеєм, а має публічно-правовий характер. Також у статті приділяється увага проблемі визначення теоретико-правових засад функціонування недоторканності депутатів в Україні. Це питання вимагає пошуку шляхів вирішення і надалі, бо проблема має вагоме значення і становить інтерес для сучасного суспільства.

У роботі розкриваються поняття депутатської недоторканності, її види, аналізуються особливості інституту депутатської недоторканності. Особливу увагу приділено дослідженню категорії «депутатський індемнітет», її співвідношенню з депутатським імунітетом, аналізу запровадження та скасування інституту депутатської недоторканності в Україні, її закріплення в нормативно-правових актах. Ця проблема стала актуальною з набуттям 1 січня 2020 року чинності Законом «Про внесення змін до ст. 80 Конституції України», який скасував недоторканність парламентарів.

Також у статті зазначається, що для депутатів усіх скликань важливим було питання скасування депутатської недоторканності, і воно часто використовувалось як передвиборче гасло кандидатами в президенти України як публічна обіцянка.

Зважаючи на це, підсумовується, що доцільно не скасовувати депутатський імунітет, а лише його обмежити та вдосконалити, оскільки відсутність чіткого розуміння меж депутатської недоторканності може призвести до того, що це право та привілей будуть інтерпретувати абсолютно широко як повну невідповідність народних депутатів закону, що буде порушувати права інших громадян. З огляду на зазначене, повне скасування депутатської недоторканності не є виправданим заходом. Які це матиме наслідки для держави, в тому числі для парламентаризму, підтвердить або спростує лише час.

Ключові слова: недоторканність народного депутата, імунітет, індемнітет, законопроект, парламент, позбавлення депутатської недоторканності, Закон України, обмеження.

The article, which examines the institution of parliamentary immunity in Ukraine and analyzes its relevant principles, suggests that parliamentary immunity is a legal guarantee of the legal status of members of parliament and is a constitutional and legal guarantee of independent parliamentary control. It is not a personal privilege, but has a public law character.

The paper reveals the concept of parliamentary immunity, its types, analyzes the features of the institution of parliamentary immunity. Particular attention in the article is paid to the analysis of the introduction and abolition of the institution of parliamentary immunity in Ukraine, its enshrinement in regulations. This problem became relevant with the entry into force on January 1, 2020 of the Law "On Amendments to Art. 80 of the Constitution of Ukraine", which abolished the immunity of parliamentarians.

The article also notes that the issue of abolition of parliamentary immunity is important for deputies of all convocations and it is often used as a pre-election slogan by candidates for President of Ukraine as a public promise.

In view of this, it is concluded that it is expedient not to cancel the deputy's immunity, but only to limit and improve it, as the lack of a clear understanding of the limits of parliamentary immunity may lead to the fact that this right and privilege will be interpreted quite broadly as the complete insubordination of people's deputies to the law, which will violate the rights of other citizens. In view of the above, the complete abolition of parliamentary immunity is not a justified measure and only time will confirm or deny what consequences it will have for the state, including parliamentarism.

Key words: immunity of a Deputy, immunity, indemnity, Bill, Parliament, deprivation of parliamentary immunity, Law of Ukraine, restrictions.

На початку статті доречно пригадати визначення ключового терміна «депутатська недоторканність». Депутатська недоторканність – це юридична гарантія правового статусу членів парламенту, яка забезпечує вільне та результативне здійснення ними своїх компетенцій [1, с. 2]. Депутатська недоторканність містить дві складові частини: індемнітет та імунітет. Індемнітет означає, що депутат у процесі виконання депутатських доручень не несе відповідальності за свої висловлювання і результати голосування. Під імунітетом розуміється захист парламентаря від процесуальних дій, пов'язаних з обмеженням особистих прав і свобод, а також судового переслідування. Інститут депутатського індемнітету зазвичай закріплений на конституційному рівні. Межі дії індемнітету включають захист від адміністративного та кримінального покарання за дії, вчинені депутатом у процесі реалізації його обов'язків. Розглядаючи моделі індемнітету, можна виділити абсолютний і обмежений індемнітет. Суть абсолютного індемнітету поширюється на свободу від переслідувань за голосування та на всі висловлювання депутатів у межах здійснення їх мандату [1, с. 3].

В Європі застосування депутатського імунітету є не настільки поширеним, як засади індемнітету. У більшості країн парламентський імунітет не наділяє депутата абсолютною недоторканністю від усіх видів юридичної відповідальності. У деяких країнах депутати користуються імунітетом лише на парламентських сесіях та не мають імунітету в разі їх затримання на місці злочину. У таких державах, як Туреччина, Франція, Австрія, Грузія та Португалія, не тільки депутат є недоторканим, а й також його авто, будинок та офіс [2, с. 54]. Імунітетом не мають змоги скористатися депутати, які вчинили адміністративні або цивільні правопорушення в більшості держав.

Що ж таке депутатський імунітет? Це поняття означає, що депутата не можуть притягнути до кримінальної відповідальності, затримати чи заарештувати без згоди законодавчого органу. У багатьох країнах парламентар має право застосувати парламентський імунітет, незважаючи на те, де саме він скоїв правопорушення. Лише у певних країнах (Норвегія, Ірландія) імунітет не поширюється на порушення, що були вчинені депутатом у відпустці та у період між сесіями [3].

Інститут депутатського імунітету зазвичай закріплений у Конституції, а межі його дії в різних країнах визначено по-своєму. У низці країн імунітет виключає тільки кримінальне переслідування, в інших – ще й участь депутата в цивільному процесі. Зазвичай імунітет діє протягом строку повноважень парламенту, але в деяких випадках термін дії імунітету пов'язаний із тривалістю сесій. Надання парламентом згоди на притягнення депутата до відповідальності, його арешт або затримання виступає умовою обмеження депутатської недоторканності [4].

В Україні недоторканність депутатів фактично часто надавала їм змогу відвертати від себе покарання, в тому числі за зловживання владою та корупційні дії. Наслідком цього стало зростання корупції та її поширення на вищі органи державної влади [5].

На нашу думку, недоречно було б аналізувати чинний закон про скасування депутатської недоторканності (імунітету), не розглянувши історію розвитку інституту депутатської недоторканності за часів незалежної України.

Для української політики та соціуму проблема скасування депутатської недоторканності не є новою, вона час від часу ставала актуальною. Ця періодичність була пов'язана з проведенням чергових і позачергових виборів. Це гасло брала на «озброєння» не одна політична сила та не один політик. Політики торкалися питання скасування депутатської недоторканності, а саме застосовували його як популістську обіцянку під час численних виборчих кампаній, але далі надання Конституційним Судом України висновків щодо відповідності законопроектів вимогам ст. 157 і ст. 158 Конституції України справа не доходила [6].

Першою людиною на посту президента України, котра торкнулася питання скасування недоторканності, був другий президент незалежної України Леонід Кучма. Саме він виніс цю ідею на розгляд у своїй передвиборчій програмі 1999 року, а у 2000 році це питання серед інших виносилось на всеукраїнський референдум. Тоді майже 80% громадян, що взяли в ньому участь, підтримали і скасування недоторканності, і зменшення кількості депутатів до 300, і двопалатний парламент, але тодішня Верховна Рада не імплементувала в законодавство результати цього референдуму. Наступним, хто підтримував ідею про зняття недоторканності, був третій президент України Віктор Ющенко. Тоді такий законопроект розробили керівники фракцій – Іван та В'ячеслав Кириленки, але Верховна Рада знову його не підтримала [5].

Наступним, хто продовжив спроби скасування депутатського імунітету, був Віктор Янукович, який зареєстрував законопроект у співавторстві з Олександром Лавриновичем. Цей документ передбачав змогу заарештовувати народних депутатів і президента за умови ухвалення стосовно них обвинувального вироку. Проте, з огляду на тодішню опозицію, законопроект так і не вдалося набути чинності. У 2010 році Віктор Янукович вже пропонував розглянути законопроект лише щодо обмеження депутатського імунітету, а не висував ідею його повного скасування.

Вступивши на посаду президента України, Петро Порошенко вирішує внести корективи до ст. 80 Конституції. Зміни полягали у скасуванні деяких положень щодо права притягувати парламентарів до кримінальної відповідальності, затримувати чи заарештовувати лише за умови схвалення парламентом. Проте зміни не торкнулися абзацу щодо притягнення до юридичної відповідальності депутатів за висловлювання або голосування у Верховній Раді України. Комітет Верховної Ради України з питань правової політики, Комітет Верховної Ради України з питань Регламенту, депутатської етики та організації роботи Верховної Ради України у своїх листах стверджують, що положення ч. 3 ст. 80 Конституції України (254к/96-ВР) необхідно розуміти так, що депутатська недоторканність

поширюється на адміністративне затримання та адміністративну відповідальність народного депутата України у вигляді адміністративного арешту. Затримання і арешт слід розуміти не лише як кримінально-процесуальні заходи, а й як адміністративні [7].

Нинішній президент України Володимир Зеленський підписав Закон України «Про внесення змін до статті 80 Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України» № 27-ІХ, який був ухвалений Верховною Радою 3 вересня 2019 року [8]. Відповідно до закону, ст. 80 Конституції України постає у новому вигляді і більше не гарантує парламентарям недоторканність. Водночас положення ст. 80 Основного Закону України не передбачають юридичної відповідальності за результати голосування або за висловлювання в парламенті, за винятком відповідальності за наклеп чи образу. Цей Закон набув чинності 1 січня 2020 року.

Нововведення передбачають наведене нижче. По-перше, як ми вже зазначали раніше, у ст. 80 Конституції України міститься тільки положення про те, що парламентарі не мають нести юридичної відповідальності за результати голосування або висловлювання в законодавчому органі [9, с. 88]. Таким чином, внесені зміни до ч. 1 ст. 27 Закону України від 17.11.1992 р. № 2790-ХІІ «Про народного депутата України», є набагато розширеними, порівняно з конституційно-правовою нормою, яка викладена у ст. 80 Конституції України [10].

По-друге, проведення досудового розслідування кримінального правопорушення, скоєного народним депутатом України, доручається Національному антикорупційному бюро України та центральному апарату Державного бюро розслідувань згідно з їх підслідністю, встановленою КПК України, і в жодному разі іншим органам досудового розслідування.

По-третє, інформація, що може свідчити про скоєння кримінального правопорушення народним депутатом України, вноситься до Єдиного реєстру досудових розслідувань Генеральним прокурором у послідовності, встановленій КПК України. Таким чином, можна послатися на конкретні статті КПК, а саме: ст. 480 (Особи, щодо яких здійснюється особливий порядок кримінального провадження), ст. 481 (Повідомлення про підозру), ст. 482 (Особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання і обрання запобіжного заходу стосовно судді).

По-четверте, заява про дозвіл на затримання, обрання запобіжного заходу у вигляді утримання під вартою чи домашнього арешту, обшук, порушення таємниці листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції, а також про застосування інших заходів, у тому числі негласних слідчих дій, що згідно з законом утискають права і свободи народного депутата України, розгляд яких зараховано до доручень слідчого судді, мають бути погоджені Генеральним прокурором.

По-п'яте, згода на затримання парламентаря України без дозволу слідчого судді, винесеного на основі клопотання, схваленого Генеральним прокурором, допускається тільки за умови, що народний депутат був помічений за скоєнням або після вчинення тяжкого або особливо тяжкого злочину, який стосувався застосування насильства, або такого, що призвів до смерті людини.

Не можна однозначно сказати, що новий Закон має позитивний чи негативний характер. З одного боку, депутати отримали змогу відчутти, що означає бути на одному рівні з громадянами, і зрозуміти, що населення живе в тій самій системі, в якій живуть вони, оскільки сама система часто захищала корупціонерів шляхом наділення їх недоторканністю. З іншого боку, головним недоліком скасування недоторканності парламентарів є те, що депутати стають заручниками виконавчої влади, яка за певних умов може мати змогу робити усе, аби депутати не змогли при-

йняття небажане для неї рішення. Як Венеціанська комісія зазначила у своєму Звіті, у деяких нових демократичних країнах Центральної та Східної Європи недоторканність все ще можна вважати вагомим підґрунтям для конституційних положень щодо недоторканності. У країнах, в яких все ще не укріпилося верховенство права, може існувати справжня причина побоюватися того, що уряд намагатиметься неправдиво звинувачувати політичних опонентів та суди піддаватимуться політичному тиску [1]. Тобто, якщо політичні сили, що знаходяться при владі, захочуть когось покарати, сфальсифікувати результати виборів чи призначити «свою» людину на керівну посаду, це стане незалежно від того, чи є недоторканність.

Насправді мало країн, в яких відсутня депутатська недоторканність як така. Є лише три країни, але всі вони мають невисокий рівень розвитку. Звичайно, не хотілося б, щоб Україна була в цьому плані схожа на ці країни з погляду конституційного права. В усіх західноєвропейських країнах депутатська недоторканність є. Інше питання, що вона має мати певні межі, і, очевидно, що треба було б її не повністю скасовувати, а внести певні корективи. Це був би більш правильний, європейський підхід до врегулювання цього питання.

Тому, на нашу думку, інститут депутатської недоторканності необхідно реформувати згідно з європейськими нормами. В Європі існує депутатська недоторканність як гарантія можливості безперешкодно займатися політичною діяльністю. В Україні депутатську недоторканність трансформували на імунітет, який захищав парламентарів від будь-яких посягань на свободу і життя. Тому ми вважаємо, що в Україні потрібно спростити процедуру зняття депутатської недоторканності, якщо депутат порушив норми законодавства, і посилити контроль за діяльністю депутатів, у тому числі за їхніми прибутками та витратами. Питання, наскільки широкою має бути ідея депутатського імунітету, є винятково компетенцією держави і вирішується її національним законодавчим органом.

Звичайно, Закон України «Про внесення змін до Конституції України щодо скасування депутатської недоторканності» не міг не викликати невдоволення народних депутатів, тому, як наслідок обурення, 31 січня надійшло подання до Конституційного суду України від 50 народних депутатів України щодо конституційності Закону України «Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)» від 3 вересня 2019 року.

У конституційному поданні наголошувалось, що цей закон є неконституційним, бо Верховною Радою не було дотримано встановленої процедури розгляду, а парламент, «приймавши закон, порушив принципи верховенства права

та діяв у спосіб, не передбачений Конституцією та законами України» [11]. Зокрема, наголошувалося, що Конституційний Суд у червні 2018 року зазначив у своєму висновку, що законопроект не порушує ст. 157 і ст. 158 Конституції, але висловив застереження. Так, Конституційний Суд наголосив на важливості враховувати стан політичної і правової системи в країні та її здатність забезпечити безперешкодне здійснення парламентарями своїх доручень у процесі ухвалення рішень щодо скасування депутатської недоторканності.

Як зазначається в конституційному поданні, Верховна Рада ухвалила рішення щодо подальшого доопрацювання цього законопроєкту, а 29 серпня 2019 року інформація про відкликання законопроєкту була оприлюднена на сайті парламенту. Того ж дня Комітет Верховної Ради з питань правової політики провів нараду, де рекомендував цей законопроєкт до розгляду Верховної Ради як невідкладний. Згодом Верховна Рада скасувала постанову щодо подальшої роботи над законопроєктом і проголосувала за внесення змін до Конституції стосовно скасування депутатської недоторканності. Крім того, депутати вважають, що Верховна Рада порушила вимоги щодо ухвалення закону про внесення змін до Конституції на чергових сесіях парламенту і тим самим здійснила грубе порушення встановленої Основним Законом процедури внесення змін до Конституції. У зв'язку з цим автори клопотання прохали Конституційний Суд визнати законопроєкт про внесення змін до Конституції стосовно скасування депутатської недоторканності неконституційним.

Все ж таки 3 вересня Верховна Рада ухвалила в другому читанні Закон «Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України)». При мінімально необхідних 300 за цей закон проголосували 373 народних депутатів. Норми закону скасовують положення, за якими народним депутатам України гарантувалася депутатська недоторканність та заборона бути притягненими до кримінальної відповідальності без згоди Верховної Ради України.

Отже, проаналізувавши спроби скасування недоторканності депутатів та фінальний законопроєкт, можна сказати, що Україна неповною мірою відповідає тим вимогам, які сприяють чи обґрунтовують скасування недоторканності. Це пов'язано з тим, що, якщо депутат виступить проти чийось потужних інтересів, може зазнати ризику переслідування з політичних мотивів. Проте все одно усі громадяни України, незважаючи на матеріальний і соціальний статус, мають бути рівні перед законом. Такий погляд вказує, що депутатська недоторканність, якщо не скасовується повністю (оскільки тією чи іншою мірою вона існує в більшості цивілізованих, демократичних держав), то хоча б суттєво обмежена.

ЛІТЕРАТУРА

1. Висновок Венеціанської комісії щодо проєкту закону про внесення змін до Конституції України щодо недоторканності народних депутатів України та суддів, м. Венеція, 19–20 червня 2015 року. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/MU15049>
2. Дахова І.І., Гуржій В.О., Борійчук С.В. Інститут депутатської недоторканності: досвід функціонування в Україні та зарубіжних державах. *Міжнародний науковий журнал «Інтернаука»*. 2020. № 5(27). С. 50–58.
3. Маклаков В.В. Конституции зарубежных государств : учеб. пособие. Изд. 4-е перераб. и доп. Москва, 2003. 624 с.
4. Конституційне право України: Підручник / за ред. В.Ф. Погорілка. Київ : Наукова думка, 1999. 735 с.
5. Скасування депутатської недоторканності – важлива складова ефективної боротьби з корупцією. Валківська районна державна адміністрація Харківської області : вебсайт. URL: <http://valky-rda.kh.gov.ua/news/206/52497> (дата звернення: 17.10.2017)
6. Висновок Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроєкту про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України) (реєстр. № 7203) вимогам статей 157 і 158 Конституції України від 19 червня 2018 р. № v002v710. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002v710-18#Text> (дата звернення: 19.10.2017).
7. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 56 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частин першої, третьої статті 80 Конституції України, частини першої статті 26, частин першої, другої, третьої статті 27 Закону України «Про статус народного депутата України» та за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України про офіційне тлумачення положення частини третьої статті 80 Конституції України стосовно затримання народного депутата України (справа про гарантії депутатської недоторканності) від 26 червня 2003 р. № v012p710. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v012p710-03#Text> (дата звернення: 22.03.2001).
8. Про внесення змін до статті 80 Конституції України (щодо недоторканності народних депутатів України) : Закон України від 3 верес. 2019 р. № 27. *Відомості Верховної Ради України*. 2019.
9. Бабій І.В. Інститут депутатської недоторканності і кримінальна відповідальність. *Право України*. 2006. № 12. С. 87–89.

10. Про статус народного депутата України : Закон України в редакції від 22 березня 2001 р. № 2328. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 42. 212 с.
11. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України про офіційне тлумачення положень частини першої статті 105, частини першої статті 111 Конституції України (справа щодо недоторканності та імпідменту Президента України) від 10 груд. 2003 р. № v019p710. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v019p710-03#Text>
12. Дерев'яно Б.В. Питання депутатської недоторканності. *Підприємництво, господарство і право*. 2007. № 11. С. 3–6.
13. Конституційне право України / за ред. В.Я. Тація, В.Ф. Погорілка, Ю.Н. Тодики. Київ : Український центр правничих студій, 1999. 376 с.
14. Словська І.Є. Народний депутат України як суб'єкт адміністративної відповідальності на корупційні правопорушення. *Віче*. 2010. № 24. С. 313–318.
15. Фрицький О.Ф. Конституційне право України : підручник. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 536 с
16. Фрицький Ю.О. Державна влада в Україні: становлення, організація, функціонування : монографія. Дніпро : Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2006. 360 с.
17. Кравченко В.В. Конституційне право України : навч. посіб. Київ : Атіка, 2000. 320 с.
18. Інститут депутатської недоторканності: зарубіжний досвід. Інформаційна довідка, підготовлена Європейським інформаційно-дослідницьким центром на запит Комітету Верховної Ради України / Паршикова А., аналітик ЄІДЦ. URL: <http://euinfocenter.rada.gov.ua/uploads/documents/29307.pdf> (дата звернення: 08.05.2019).
19. Історія депутатської недоторканності в Україні, та як у світі встановлюють межі «іммунітету» народних обранців. *Прямий* : вебсайт. URL: <https://prn.ua/istoriya-deputatskoyi-nedotorkannosti-v-ukrayini-ta-yak-uyevropi-vstanovlyuyut-mezhi-immunitetu-narodnih-obrantsiv/> (дата звернення: 18.10.2017)
20. Мельник М.І. Депутатська недоторканність: скасувати не можна обмежити. Окрема думка судді Конституційного Суду України Мельника М.І. стосовно Висновку Конституційного Суду України у справі за конституційним зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України (в частині скасування депутатської недоторканності) (реєстр. № 6773) вимогам статей 157 і 158 Конституції України. *Юридичний вісник України*. 2018. № 26. С. 6–7.
21. Борденюк В.І. Депутатська недоторканність як гарантія діяльності представницького органу державної влади: конституційно-правові аспекти. *Юридична Україна*. 2011. № 3. С. 22–27.
22. Костицький М.В. Філософсько-правовий аналіз депутатського імунітету та індемнітету в Україні. *Науково-інформаційний вісник Івано-Франківського університету права імені Короля Данила Галицького*. 2011. № 4. С. 8–12

КОНСТИТУЦІЙНИЙ РОЗВИТОК КАНАДИ

CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF CANADA

**Уколова В.О., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету**

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Уколова Є.О., студентка III курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена питанню конституційного розвитку Канади починаючи з моменту прийняття Конституції 1982 р. та сучасного стану. Метою статті є окреслення основних аспектів еволюції канадської Конституції 1982 р., а саме: подій, які передували прийняттю Конституції, процесу розробки та прийняття, структурних особливостей, впливу Верховного Суду, ролі провінцій у конституційному розвитку держави.

Було констатовано, що формування британської Канади розпочалося з 1763 р., коли було укладено Паризький мирний договір, за яким Франція передала територію Канади під контроль Англії. Британський парламент видав Акт про Британську Північну Америку 1867 р., який проголошував створення канадської федерації у статусі домініону Великої Британії. Встановлено, що до 1867 р. провінції не відігравали ролі в процедурі внесення змін до законопроектів. З прийняттям Акта про Британську Північну Америку провінціями вони почали брати участь у схваленні поправок. Ця практика створила важливий прецедент – «конституційне питання». Верховний Суд було визначено як орган, що здійснює тлумачення законодавства, консулює уряди з важливих питань права. Зокрема, роль Верховного Суду у конституційному розвитку яскраво продемонстрована в рішенні про конституційну репатріацію (1981 р.). У статті визначена особливість форми Конституції, яка поєднує в собі писану та неписану. До складу писаної належать: канадські та британські законодавчі акти, прокламації Корони і Генерал-губернатора Канади, накази у Раді, міжнародні нормативні акти, прийняті у рамках Британської Співдружності. Неписаний складник представлений конституційними угодами та правовими звичаями.

У статті відзначено, що Конституція Канади 1982 р. закріпила у собі новелу, яка полягає у введенні інституту внесення поправок, що здійснюється без участі британського парламенту. Для вчинення такої процедури необхідною є ініціатива з боку Сенату, Палати громад або законодавчих зборів будь-якої провінції. Було досліджено, що після прийняття Конституції 1982 р. у провінціях було видано акти, які являють собою конституційні реформи (Акт про швидке вирішення конституційних та інших провінційних питань від 1989 р. та інші). Зроблено висновок про те, що прийняттю Конституції 1982 р. передувала активна діяльність державних органів, пов'язана із виданням нормативних актів, деякі з яких згодом стали її складниками.

Ключові слова: Конституція, домініон, федерація, Канада, репатріація, Конституційний акт, Верховний Суд, провінція, незалежність, поправки, реформа.

The article is devoted to the disclosure of the issue of Canada's constitutional development with the subsequent adoption of the 1982 Constitution and a review of current reforms to it. Its purpose is to analyze the main aspects of the evolution and formation of the Canadian Constitution of 1982, namely: the events that preceded the adoption of the Constitution, the process of its development and proclamation, structural features, the influence of the Supreme Court and the role of provinces in constitutional development.

It was stated that the formation of British Canada began in 1763, when the Treaty of Paris was concluded, under which France transferred Canadian territory to British control. The British Parliament issued the British North America Act of 1867, which proclaimed the creation of a Canadian federation as the dominion of Great Britain. It was established that until 1867 the provinces did not play a role in the process of amending the bills, but with the adoption of the Act of British North America it was amended and approved by the provinces. This practice set a precedent. The Supreme Court has been identified as a body that interprets legislation and advises governments on important legal issues. The role of the Supreme Court in constitutional development is clearly evident in the 1981 decision on constitutional repatriation.

Attention is paid to the form of the Constitution, which combines written and unwritten. The writing includes: Canadian and British legislation, proclamations of the Crown and Governor-General of Canada, orders in the Council, international regulations adopted within the British Commonwealth. The unwritten component is represented by constitutional agreements and legal customs. It is noted that the Constitution of Canada in 1982 enshrined a novelty, which is to introduce the institution of amendment, which is carried out without the participation of the British Parliament. Such a procedure requires the initiative of the Senate, the House of Commons or the legislature of any province. It was investigated that after the adoption of the 1982 Constitution, acts were issued in the provinces that constitute constitutional reforms (the Act on the Rapid Resolution of Constitutional and Other Provincial Issues of 1989 and others). It is concluded that the adoption of the 1982 Constitution was preceded by a number of historical events, the active work of government agencies associated with the issuance of regulations, some of which later became part of it.

Key words: Constitution, dominion, federation, Canada, repatriation, Constitutional Act, Supreme Court, province, independence, amendments, reform.

Постановка проблеми. Із піднесенням демократичних начал поширилась думка, що закони мають відображати саме суспільні інтереси, а не конкретні особисті інтереси законодавців. Інакше кажучи, аби акти набували форми та суті законів в умовах демократії, вони мають відповідати таким критеріям, як передбачуваність та поширення на всіх осіб без винятку. Варто вказати, що нині Канада є однією із найвідоміших, досить розвинутих у багатьох сферах життєдіяльності країн, особливо у соціально-економічному плані. Це – демократична федерація, яка забезпечила достатній рівень життя та благополуччя для своїх громадян, незважаючи на той факт, що країна пройшла довгий та важкий шлях до фактичної незалежності.

Протягом періоду становлення Канади як самостійної держави Конституція 1982 р. увірала у себе всі зна-

чимі ідеї, положення правового, соціального, політичного характеру, які стали віддзеркаленням певних етапів історії канадської федерації. Значний вплив на формування як держави, так і Конституції справило Сполучене Королівство Великої Британії і Північної Ірландії (далі – Сполучене Королівство), оскільки Канада була її колонією і є домініоном. Таким чином, канадська Конституція є унікальним та різноплановим об'єктом наукових досліджень у наш час, оскільки можна більш детально ознайомитися із регулюванням статусу людини і громадянина, органів державної влади, порядком внесення змін до неї тощо.

Метою роботи є розкриття етапів еволюції канадської Конституції 1982 р., а саме: подій, які передували прийняттю Конституції, процесу її розробки та затвердження, визначення структурних і змістових особливостей.

Аналіз наукових публікацій. Питанням конституційного розвитку канадської федерації займалися багато зарубіжних науковців, серед яких можна виокремити: П. Рассела [2], П. Хогга [3], Г. Реммілара [4], Дж.Л. Галла, К. Макіна, Г. Лісона [5], С.Ю. Данилова, С.П. Сімаєву, А.М. Мургазіна, Г. Трамбле та інших.

Виклад основного матеріалу. Історія формування британської Канади бере початок з 1763 р., коли було укладено Паризький мирний договір, який поклав кінець Семирічній війні та за яким Франція передала територію Канади під контроль Англії. Конституційною основою для Канади стала Королівська прокламація «Про формування колонії Квебек», яка була оприлюднена 7 жовтня 1763 р. королем Георгом III. Вона стала необхідним інструментом придушення спроб боротьби за незалежність, які здійснювалися жителями 13 колоній Північної Америки. Також відповідно до її положень на території провінції запроваджувалося британське законодавство, офіційною мовою ставала англійська, незважаючи на те, що майже все населення було французами, надавалася свобода віросповідання для католиків, проте водночас вони були позбавлені політичних прав. У такий спосіб британська Корона прагнула здійснити асиміляцію франкомовного населення Канади, але це лише призвело до масового невдоволення в новій колонії. Переломним моментом для Канади стало прийняття у 1867 р. Акта про Британську Північну Америку (з 1982 р. – Конституційний акт 1867 р.) (далі – Акт 1867 р.). Цей акт проголошував створення канадської федерації у статусі домініону Великої Британії у складі північноамериканських провінцій, як Канада, Нова Шотландія та Нью-Брансвік. Такий статус надавав певний обсяг самостійності у вирішенні внутрішніх справ.

Характерною ознакою державного устрою Канади стало запровадження Вестмінстерської системи, яка притаманна і Великій Британії. У преамбулі Акта 1867 р. вказується: «Беручи до уваги, що провінції Канада, Нова Шотландія і Нью-Брансвік висловили бажання об'єднатися в єдиний Домініон під Короною Сполученого Королівства Великої Британії та Ірландії з Конституцією, в принципах подібної до Конституції Сполученого королівства» [1]. Проте принципи британського конституціоналізму не були закріплені в писаній частині конституції. Дослідивши це питання, можна побачити, що такі принципи містяться в різних конвенціях, традиціях та практиці, які з часом змінюються, але залишаються актуальними для застосування.

Важливо вказати, що саме Вестмінстерська система, котра притаманна британській монархії, стала фундаментом для державної системи Канади. За формою правління канадська федерація визначалася конституційною монархією, де главою є монарх Сполученого Королівства. Особливістю було те, що представником Корони на території Канади став Генерал-губернатор, який призначається першим та формує третю складову частину уряду – Таємну раду Канади. Здебільшого виконавча влада представлена у вигляді Кабінету, який є частиною Таємної ради і очолюється Прем'єр-міністром (лідером партії, яка отримала більшість місць після виборів Палати громад). Кажучи про Парламент, треба підкреслити, що за структурою він є трикомпонентним, де верхня палата – Сенат, нижня – Палата громад, а також до нього входить і Корона. Наявність саме такого складу законодавчого органу говорить про те, що монарх має повноваження, яке полягає у промульгації законів після їх попереднього спільного прийняття двома палатами парламенту. Найвищим органом судової влади є Верховний Суд Канади.

Досліджуючи Акт 1867 р., можна виокремити такі принципи судової влади в канадській конституційній системі, як незалежність судової влади, білінгвізм, бікультуризм і федералізм. Перший принцип стосується відправлення правосуддя, а два інших – основних прав і системи

правління в Канаді. Разом із тим, як стверджує англійський науковець П. Рассел, конституційні положення, що стосуються судової системи, не можуть оцінюватися виключно з точки зору їх впливу на здійснення правосуддя [2, с. 104]. Також можна стверджувати, що Канаді притаманний централізований характер управління регіонами. Це насамперед проявляється у втручанні Генерал-губернатора в діяльність інших гілок влади, а федеральних органів – у справі провінцій.

Треба звернути увагу на те, що після прийняття Вестмінстерського статуту 1931 р. (далі – Статут 1931 р.) до Акта 1867 р. зміни вносились лише британським Парламентом. Однак це не означало, що цей процес залишався поза контролем Канади. У 1930 р. було проведено конференцію, на якій також було узгоджено конституційну «конвенцію» про те, що Парламент Великої Британії не буде вносити поправки до Акта 1867 р. без згоди Канади. До речі, ця конвенція не передбачала компетенцію органів Канади щодо подання запити згоди. Тому ще до 1930 р. у Канаді склалася практика подавати запити на поправки «спільним зверненням» Палати громад і Сенату Канади. Запит мав складатися з резолюції, яка містила вимогу до уряду Великої Британії внести до британського парламенту законопроект про внесення поправок та його тексту. У разі, якщо спільне звернення подавалося двома палатами парламенту, воно надсилалося Генерал-губернатором уряду Великої Британії.

До речі, провінції не брали участі в описаному процесі. Більше того, федеральним урядом не було вироблено послідовної практики отримання згоди провінцій перед поданням запити на внесення змін. З моменту введення Акта 1867 р. в дію до нього було внесено 15 поправок. Лише 4 із них (1940 р., 1951 р., 1960 р., 1964 р.) були одноставно схвалені провінціями. Щодо поправки 1907 р., то їй передували консультації з провінціями (Британська Колумбія виступила проти неї). Решта десятих поправок були витребувані спільним зверненням Парламенту Канади і прийняті британським Парламентом без попередніх консультацій з провінціями. Тим не менше, більшість прем'єр-міністрів Канади заявляли, що не слід розпочинати процедуру внесення змін, поки не отримано одноставної згоди провінцій. Підставою для таких вимог став прецедент, встановлений 4 поправками, яким передувала одноставна згода провінцій. Три з цих поправок перенесли законодавчу владу з провінційних законодавчих органів на федеральний Парламент. Завдяки цим поправкам змінився розподіл законодавчих повноважень між федеральним Парламентом та провінційними законодавчими органами [3, с. 291]. Також протягом століття Акт 1867 р. підлягав внесенню до нього поправок, які стосувалися зміни кордонів канадської федерації, у результаті чого всі британські колонії в Північній Америці були інтегровані в її склад. Крім того, зміни торкалися роз'єднання повноважень між канадським домініоном і англійською метрополією.

Значимою подією для Канади стало прийняття парламентом 8 квітня 1875 р. за ініціативою ліберального уряду на чолі з Прем'єр-міністром О. Маккензі законопроекту про створення Верховного Суду. Уряд стверджував, що це є необхідним для стандартизації канадського законодавства та надання тлумачення конституційних положень. Згідно із законопроектом, Верховний Суд не тільки мав оголошувати рішення, консультувати федеральний та провінційний уряди з важливих питань права, висловлювати думки щодо конституційності, тлумачення федерального чи провінційного законодавства, повноважень Парламенту та законодавчих органів провінцій. Найвідомішим і найважливішим з рішень Верховного Суду стало рішення про конституційну репатріацію [4].

Все почалося з того, що Прем'єр-міністр П. Трюдо зробив спробу «репатріації» («повернення на Батьківщину») і зміни Конституції. Суть репатріації полягала в тому, що

вона мала супроводжуватися включенням до тексту Конституції процедури внесення змін, яка дозволила б змінити Конституцію без звернення до британського Парламенту. Проте наслідок такої спроби проявився у тому, що Оттава та два її союзники (провінції Онтаріо та Нью-Брансвік) зіткнулися з вісьмома іншими провінціями. Вони ввійшли в історію як «Банда восьми». Провідне місце в цій дискусії посідало питання про те, чи потрібна згода провінцій для внесення змін до Конституції, які зачіпали б права, привілеї або повноваження провінцій. У 1981 р. Уряд П. Трюдо звернувся до Верховного Суду з проханням вирішити питання про те, чи може Оттава діяти самостійно, щоб внести зміни до Конституції. 7 із 9 суддів вважали, що Парламент мав законне право діяти в односторонньому порядку. Але з другого питання 6 із 9 суддів визнали, що односторонні федеральні дії, без суттєвої підтримки провінцією змін до конституції, суперечать давній конвенції. Як наслідок, Верховний Суд ухвалив рішення про те, що Оттава має юридичне право в односторонньому порядку вимагати внесення поправки через британський Парламент. Верховний Суд також постановив, що, згідно з домовленістю, було б неприпустимо це робити без «консенсусу» провінцій. Врешті-решт, ні Оттава, ні незгодні провінції не отримали бажаного рішення суду для себе [5]. Для опонентів постала необхідність у досягненні компромісу. Усі сторони, за винятком Квебека, досягли угоди 5 листопада 1981 р. Представники Квебека наголошували, що відповідно до принципу «подвійності» для внесення основних конституційних змін необхідна згода як англомовної, так і франкомовної Канади, і що відсутність хоча б однієї з них призведе до заборони такої угоди. Але інші провінції заперечували існування принципу «подвійності».

Незважаючи на наявні заперечення, 17 квітня 1982 р. в Оттаві Королева Єлизавета II підписала Конституційний акт, прийнятий британським Парламентом. У Королівській прокламації до цього акта було зазначено, що внаслідок своєї приналежності до суверенної держави канадці мають усю повноту влади змінювати Конституцію Канади [6]. Таким чином, у Канаді одночасно було проголошено незалежність держави та прийняття власної Конституції. Цікавим є той факт, що день незалежності північноамериканська держава святкує 1 липня, тобто з моменту набуття чинності Акта про Британську Північну Америку 1867 р. Того року Сполучене Королівство Великої Британії і Північної Ірландії визнало Канаду своїм домініоном, який має право на самоврядування.

Канадська конституція поєднує у собі такі ознаки: парламентську демократію, федералізм, права і свободи громадян та права корінних жителів. Деколи вони доповнюють одна одну, але частіше перебувають у стані допустимого конфлікту. Варто сказати, що форма конституції канадської федерації поєднує у собі писану і неписану частини. До складу писаної належать: канадські та британські законодавчі акти (наприклад, Акт 1867 р., Конституційний акт 1982 р.), прокламації Корони і Генерал-губернатора Канади, накази у Раді (акти, які видаються від імені монарха і Таємної ради Канади), міжнародні нормативні акти, прийняті у рамках Британської Співдружності (Статут 1931 р., який регулював правове становище домініонів та їх відносини зі Сполученим Королівством). З огляду на той факт, що у Канаді діяла система загального права Британії, за якого судові рішення ставали судовими прецедентами, можна стверджувати, що вони діяли на рівні із законодавчими актами. З приводу цього 28 вересня 1981 р. Верховний суд Канади постановив, що Конституція складається із норм законів, норм загального права і конституційних конвенцій [7].

Щодо неписаного складника Конституції 1982 р., то вона представлена конституційними угодами та правовими звичаями. Слід наголосити, що перші виникають, як правило, тоді, коли існує тривалий процес державно-

політичних відносин. Як приклад, можна говорити про такі конституційні угоди, як: призначення за порадою Прем'єр-міністра міністрів, призначення лідера партії, яка отримала більшість у Палаті громад, на посаду Прем'єр-міністра тощо.

У Конституційному акті 1982 р. (входить до Акта про Канаду 1982 р.) велику роль відіграє Хартія прав і свобод Канади (далі – Хартія), яка замінила Біль про права 1960 р. та вперше на конституційному рівні затвердила основні права і свободи людини та громадянина, однак не передбачає положень щодо обов'язків громадян держави. Хартія проголосила широкий перелік гарантій прав і свобод (свободу совісті, віросповідання, думки), демократичних прав (активне і пасивне виборче право на виборах членів Палати громад), особистих прав (право громадян на пересування), а також перелік судових гарантій (право на життя, право на особисту недоторканність). Особливої уваги заслуговує принцип рівності (п. 15), який встановлює: «Рівність перед законом і на підставі закону, рівний захист і заступництво з боку закону. Закон не робить відмінностей для осіб і рівною мірою застосовується до всіх, і всі мають право на рівний захист і рівне заступництво закону, незалежно від будь-яких відмінностей, зокрема, заснованих на ознаках раси, національного чи етнічного походження, кольору шкіри, релігії, статі, віку або внаслідок психічних або фізичних вад» [8]. А також принцип рівності проявляється у наявності в Хартії норм про визнання офіційними мовами як англійської, так і французької; забезпечення аналогічних прав і привілеїв школам із роздільним навчанням. Правовий статус корінних народів Канади (індійці, метиси та інуїти) закріплений у декількох статтях Конституційного акта 1982 р. за межами Хартії, де встановлено, що їхні права визнаються і підтверджуються.

Конституційний акт 1982 р. закріпив новелу, яка полягає у введенні інституту внесення поправок, що здійснюється без участі британського Парламенту. Для того щоб вчинити таку процедуру, необхідним є прояв ініціативи з боку Сенату, Палати громад або законодавчих зборів будь-якої провінції. Відповідно до п. 38 зазначеного Акта встановлюється звичайна процедура внесення поправок до Конституції Канади, яка полягає у такому: «Конституція Канади може бути змінена шляхом видання Генерал-губернатором Прокламації з додатком великої печатки Канади, уповноваженого на це: а) резолюціями Сенату і Палати громад; б) резолюціями законодавчих зборів щонайменше двох третин провінцій, населення яких згідно з останнім загальним переписом становить у сукупності щонайменше п'ятдесят відсотків населення всіх провінцій».

Після прийняття Конституції 1982 р. у провінціях було видано чимало актів, які нині становлять практику сучасних конституційних реформ. Так, наприклад, в Акті про швидке вирішення конституційних та інших провінційних питань від 1989 р. (з поправками від 1999 р.) зазначається, що суд провінції Нова Шотландія не може визнати закон недійсним чи непридатним і не надає засобів правового захисту до тих пір, поки Генеральний прокурор не отримає відповідне повідомлення. Якщо у суді провінції під сумнів ставиться чинність прокламації, постанови чи розпорядження Ради, то суд також не може їх визнати нечинними доти, поки Генеральний прокурор провінції не отримає повідомлення. Таке повідомлення має подаватися принаймні за 14 днів до дня вирішення спору. Суд може за клопотанням *ex parte* розпорядитися про зменшення строку вручення повідомлення [9]. Подібні акти видавалися в провінціях Манітоба, Саскачеван, Онтаріо тощо.

Вітчизняні і зарубіжні науковці відзначають сучасну тенденцію щодо ускладнення процедури проведення конституційної реформи як на федеральному рівні, так і на рівні провінції. Так, на федеральному рівні діє Акт щодо конституційних поправок (1996 р.), відповідно до якого

зміни у порядку п. 38, 41, 43 потребують обов'язкової підтримки провінцій Онтаріо, Квебек, Британської Колумбії, 2 з Атлантичних та 2 Степових провінцій. Крім того, парламенти провінцій Альберта та Британська Колумбія прийняли Акти про конституційний референдум, згідно з якими лейтенанти-губернатори цих провінцій повноважені виносити на регіональні референдуми проекти поправок до Конституції Канади до їх обговорення у Законодавчих зборах цих провінцій. Рішення виборців зобов'язує органи влади провінцій його врахувати [10, с. 96].

Отже, можна сказати, що конституційний розвиток Канади був наповнений різноманітними значимими подіями для держави, які, врешті-решт, привели її одночасно

до фактичної незалежності та утвердження власної Конституції у 1982 р. Канадська Конституція є унікальним об'єктом серед Основних законів зарубіжних держав, оскільки це проявляється у її некодифікованості (складається із різних нормативних актів, які діють у державі вже протягом тривалого часу), змішаній формі, впровадженні інституту поправок тощо. Особливої уваги заслуговує Хартія прав і свобод Канади, яка надала низку гарантій прав і свобод громадян, демократичні та особисті права, а найголовніше – принцип рівності, який проявляється у різних формах. Окреме місце в конституційному розвитку Канади посідає Верховний Суд, який став однією із рушійних сил для прийняття власної конституції.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституционный акт 1867 г. (год 30 и 31 правления Виктории, глава 3, с последующими изменениями) Акт о Союзе Канады, Новой Шотландии и Нью-Брансуика, об их управлении и связанных с этим предметах (27 марта 1867 г.). URL: http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/catalog/law/canada_constitut.html#%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B0%D0%BA%D1%82%201867%20%D0%B3.
2. Russell P.H. Constitutional reform of the Canadian judiciary. *Alberta Law Review*. 1969. P. 103–129. URL: <https://www.albertalawreview.com/index.php/-ALR/article/view/1932/1921>.
3. Hogg P.W. A Comment on the Canadian Constitutional Crisis. *Yale studies in world public order*. 1980. Vol. 6. P. 285–296. URL: https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/cgi/viewcontent.cgi?article=2594&context=scholarly_works.
4. Remillard G., Gall G.L., Makin K.. Supreme Court of Canada. *The Canadian encyclopedia*. 2006. URL: <https://www.thecanadianencyclopedia.ca/en/article/-supreme-court-of-canada>.
5. Leeson H. Developing a Strong Constitution. *Canada's history*. 2017. URL: <https://www.canadashistory.ca/explore/politics-law/developing-a-strong-constitution>.
6. Прокламация о Конституционном акте 1982 г.: 17 апреля 1982 г. URL: http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/catalog/law/canada_constitut.html#%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B0%D0%BA%D1%82%201867%20%D0%B3.
7. The Canadian encyclopedia / Ed. in chief I.H. Marsh. Vol. 1. Edmonton, 1988. P. 497.
8. Конституционный акт 1982 г. URL: http://lib.rada.gov.ua/static/LIBRARY/-catalog/law/canada_constitut.html#%D0%9A%D0%BE%D0%BD%D1%81%D1%82%D0%B8%D1%82%D1%83%D1%86%D0%B8%D0%BE%D0%BD%D0%BD%D1%8B%D0%B9%20%D0%B0%D0%BA%D1%82%201867%20%D0%B3.
9. An Act for Expediting the Decision of Constitutional and Other Provincial Questions. 1989. URL: <https://nslegislature.ca/sites/default/files/legc/statutes/-constitl.htm>.
10. Закоморна К.О. Посібник для підготовки до іспиту з державного (конституційного) права зарубіжних країн. Харків : Право, 2019. 248 с.

КОНСТИТУЦІЙНЕ ПРАВО НА МИРНІ ЗІБРАННЯ: ПРОБЛЕМИ РЕАЛІЗАЦІЇ

CONSTITUTIONAL RIGHT TO PEACEFUL ASSEMBLY: IMPLEMENTATION PROBLEMS

Храпська А.О., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем сучасного конституційного права, а саме дослідженню проблем реалізації права на мирні зібрання. У статті проаналізовано доктринальні підходи до визначення змісту права на мирні зібрання, досліджено сутність права на мирні зібрання крізь призму національного та міжнародного законодавства, проаналізовано ознаки права на мирні зібрання, ґрунтовно та всебічно досліджено дискусійні аспекти закріплення процедури реалізації права на мирні зібрання на рівні спеціального закону. Акцентовано увагу на тому, що нині в нашому законодавстві немає відповідного спеціального закону, який би чітко врегулював право збиратися мирно, без зброї і проводити мітинги, походи, демонстрації та інші форми зібрань. Реалізація такого права регламентована тільки ст. 39 Конституції України та багатьма міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України згідно зі ст. 9 Конституції України. Проаналізовано питання про те, в який спосіб має бути визначений механізм реалізації конституційного права на мирні збори, досліджено можливість органів місцевого самоврядування в межах власних повноважень установлювати механізми реалізації права, передбаченого ст. 39 Конституції. Обґрунтовано, що основною проблемою на сучасному етапі державотворення в Україні у сфері забезпечення свободи мирних зібрань є необхідність прийняття спеціального закону. Втім з урахуванням прямої дії норм Конституції України, становлення системи адміністративного судочинства та рішення Конституційного Суду України від 19 квітня 2001 р. № 4-рп/2001 слід вказати, що об'єктивно додаткового законодавчого регулювання потребує лише питання системи строків повідомлення про проведення зборів. Важко очікувати прийняття найближчим часом закону про мирні зібрання, який відповідав би європейським демократичним стандартам у цій сфері. Проаналізовано практику Європейського суду з прав людини щодо тлумачення права на мирні зібрання та окреслення умов реалізації останнього.

Ключові слова: право на мирні зібрання, правове регулювання, Конституція України, практика Європейського суду з прав людини.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical and methodological problems of modern constitutional law, namely the study of the problems of realization of the right to peaceful assembly. The article analyzes doctrinal approaches to determining the content of the right to peaceful assembly, examines the essence of the right to peaceful assembly through the prism of national and international law, analyzes the features of the right to peaceful assembly, thoroughly and comprehensively examines the debatable aspects of consolidating the right to peaceful assembly. Emphasis is placed on the fact that currently our legislation does not have a special law that would clearly regulate the right to assemble peacefully, without weapons and to hold rallies, marches, demonstrations and other forms of assembly. The implementation of this right is regulated only by Art. 39 of the Constitution of Ukraine and many international treaties, the binding nature of which was approved by the Verkhovna Rada of Ukraine in accordance with Art. 9 of the Constitution of Ukraine. The question of how the mechanism of realization of the constitutional right to peaceful assembly should be defined is analyzed, the possibility of local self-government bodies within the limits of own powers to establish mechanisms of realization of the right provided by Art. 39 of the Constitution. It is substantiated that the main problem at the present stage of state formation in Ukraine in the field of ensuring freedom of peaceful assembly is the need to adopt a special law. However, taking into account the direct effect of the Constitution of Ukraine, the formation of the system of administrative proceedings and the decision of the Constitutional Court of Ukraine of April 19, 2001 No 4-rp/2001, it should be noted that objectively additional legislative regulation requires only the system of notice deadlines. It is difficult to expect the adoption of a law on peaceful assemblies in the near future that would meet European democratic standards in this area. The case law of the European Court of Human Rights on the interpretation of the right to peaceful assembly and the delineation of the conditions for its implementation are analyzed.

Key words: right to peaceful assembly, legal regulation, Constitution of Ukraine, case law of the European Court of Human Rights.

У статті 39 Конституції України передбачено, що громадяни мають право збиратися мирно, без зброї і проводити збори, мітинги, походи і демонстрації, про проведення яких завчасно сповіщаються органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування [1].

У сучасному правовому, демократичному світі, у якому визнаються та гарантуються основоположні права та свободи людини і громадянина, неможливо переоцінити важливість такого права, як право на проведення мирних зібрань, оскільки мирні зібрання є однією з основних конституційних свобод громадян, яке отримало не лише національний, а і міжнародно-правовий вимір гарантування його реалізації.

Так, першим міжнародно-правовим актом, у якому зафіксовано право на свободу мирних зібрань, стала Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року [2]. Надалі це право було закріплене у ст. 11 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод від 04 листопада 1950 року [3] (далі – Конвенція), у котрій зазначено, що кожен має право на свободу мирних зібрань і свободу об'єднання з іншими особами. Здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, за винятком тих, що встановлено законом і є потрібними у демократичному суспільстві в інтересах національної або громадської безпеки, для запобігання заворушенням чи злочинам, для

охорони здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб. Ця стаття не перешкоджає запровадженню законних обмежень на здійснення вказаних прав особами, які входять до складу збройних сил, поліції чи адміністративних органів держави [3].

Аналізуючи зазначені міжнародно-правові акти, доцільно одразу зауважити, що закріплена статтею 11 Конвенції свобода мирних зібрань у широкому розумінні включає як право організації та участі в ходах і процесіях, статичні збори або сидячі страйки, так і публічні та приватні заходи офіційного і неофіційного спрямування. Але «під захист» ст. 11 Конвенції поставлені лише «мирні зібрання». Таким чином, ми можемо вести мову про те, що ключовим обмеженням застосування ст. 11 Конвенції є виключення з неї зібрань, під час проведення яких учасники мають «насильницькі наміри, що призводять до порушення громадського порядку» [4].

Що стосується особливостей правової регламентації реалізації права на мирні зібрання в Україні, то доцільно одразу зауважити, що у національному законодавстві України правовідносини, котрі виникають у зв'язку проведенням мирних зібрань, регламентовано комплексом нормативно-правових актів різного рівня. Так, окрім Конституції України [1] як акта вищої юридичної сили, зазначені правовідносини опосередковано регламентовані законами

Україні «Про свободу совісті та релігійні організації» [5], «Про громадські об'єднання» [6], «Про місцеве самоврядування в Україні» [7], «Про столицю України – місто-герой Київ» [8], Кодексом адміністративного судочинства України [9].

Одразу зазначимо, що «негативною особливістю» законодавчої регламентації конституційного права на мирні зібрання є відсутність спеціального законодавчого акта, який би вичерпно, системно, комплексно передбачив процедуру (процес) реалізації права на мирні зібрання. Звичайно, відсутність такого уніфікованого нормативного акта має своїм логічним наслідком цілу низку проблем щодо реалізації охарактеризованого конституційного права.

Нині вважаємо за доцільне приділити увагу розгляду сутнісного виміру поняття «мирні зібрання». Одразу зауважимо, що стосовно визначення змістового наповнення останнього є чимало точок зору як доктринальних, так і позицій судових органів. Наприклад, у довідковому виданні «Парламентаризм: реєстр термінів і понять» мирні зібрання громадян кореспондуються з «формою прямого народовладдя, яка забезпечує реалізацію конституційних політичних прав громадян» [10, с. 178]. О. Власенко пропонує розуміти право на мирні зібрання як колективний або індивідуальний, мирний, доступний кожному публічний захід за участю громадян України, іноземців, осіб без громадянства, які на законних підставах перебувають на території України, що проводиться з метою формування та (або) висловлення позиції щодо різноманітних питань суспільного життя, привернення уваги громадськості, підтримки, захисту чи висловлення протесту щодо будь-яких рішень державних органів, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ і організацій усіх форм власності; проводиться в передбачених законодавством України формах із використанням різноманітних засобів наглядної агітації, а також гучномовних технічних засобів (або без них) [11, с. 8]. Відповідно до точки зору В. Погорілка та В. Федоренка, мирні зібрання громадян слід тлумачити як одну із форм безпосередньої демократії, що передбачає збори громадян, без зброї, для вирішення певних суспільно значущих питань» [12, с. 137]. В. Руденко пропонує під мирними зібраннями розуміти конституційно-правовий інститут безпосередньої демократії, що передбачає спільне обговорення та вирішення суспільно значущих питань громадянами, які проживають на певній території [13, с. 36].

З метою комплексного розуміння права на мирні зібрання, усвідомлення його правової природи та визначення проблем реалізації вважаємо за доцільне приділити увагу розгляду ключових ознак мирних зібрань, встановлення яких дає можливість відмежувати мирні зібрання, які «поставлені під охорону» ст. 11 Конвенції, та зібрання, що можуть носити насильницький характер і підлягають забороні.

По-перше, характерною рисою мирних зібрань є те, що для них властива організованість. Так, ця ознака проявляється у тому, що учасники повинні мати чітке уявлення, з якою метою проводиться зібрання.

По-друге, мирне зібрання повинно носити саме мирний характер. Щодо змісту озвученої ознаки, то тут надзвичайно важливим та принциповим є визначення суті такої соціально-правової категорії, як «мирність», оскільки від цього буде залежати можливість/неможливість застосування законодавства про мирні зібрання до певних публічних заходів. На жаль, слід констатувати, що нині ні права доктрина, ні судова практика досі не виробили уніфікованої позиції з цього питання. Проте у законодавстві окремих країн робиться спроба тлумачити поняття «мирність» крізь призму таких категорій, як «національна безпека», «громадський порядок», «громадська безпека» [14, с. 98].

По-третє, мінімальна кількість учасників зібрання – не менше двох фізичних осіб. Цікавою з цього приводу є аргу-

ментація, висловлена Р. Мельником: право мирних зібрань у своїй основі має ідею надати можливість приватним особам публічно обговорювати певні рішення, проекти таких рішень або окремі ситуації, що мають місце в державі чи суспільстві. Таке обговорення виконує важливі демократичні функції, надаючи приватним особам, як зазначалося вище, можливість брати участь в управлінні державними справами, зокрема в розробці державної політики чи проектів окремих юридичних актів. Реалізація зазначеного передбачає соціальну комунікацію між фізичними особами, яка, зрозуміло, є можливою лише у разі, коли таких осіб щонайменше дві [14, с. 72–73].

По-четверте, як зазначає М. Серета, мирні зібрання повинні мати свого організатора, який, відповідно, керує організацією подій, забезпечує надання інформації органам публічної влади щодо проведення заходу тощо [15, с. 53].

Тож, проаналізувавши наведені точки зору щодо сутнісної характеристики права на мирні зібрання та ознаки останнього, можемо зазначити, що нині мирні зібрання в Україні є одним із засобів формування думки окремих громадян, громадськості та політичної думки, дієвим засобом контролю над владою. Реалізуючи свободу мирних зібрань, народ отримує додатковий засіб впливу на прийняття владних рішень. Право на мирні збори, мітинги, демонстрації вважається однією з форм безпосередньої демократії, яка дозволяє громадянину брати участь в обговоренні чи виражати ставлення до будь-яких економічних, політичних та інших питань [16].

Повертаючись до більш детального аналізу проблем реалізації права на мирні зібрання, варто зосередити увагу на тому об'єктивному факті, що на державу покладено позитивні зобов'язання щодо забезпечення безперешкодної реалізації права на свободу проведення мирних зібрань. Як ми зазначали раніше, нині в Україні цей обов'язок не отримав нормативно-правової фіксації у зв'язку з відсутністю спеціального закону, котрий би регламентував процедуру проведення мирних зібрань. Традиційно зміст цього обов'язку полягає в забезпеченні громадського порядку під час проведення мирних зібрань, гарантуванні фізичної безпеки його учасників та створенні організаційно-правових передумов щодо можливості громадян вільно висловити свою позицію стосовно того чи іншого нормативно-правового акта чи його проекту під час проведення мирних зібрань. Водночас в умовах українського сьогодення, коли мирне зібрання зазвичай проводить вразлива ініціативна меншість громадян, яка виступає «за» або «проти» прийняття певного нормативно-правового акта, вона досить часто наражається на насильницький супротив з боку осіб, які не розділяють ці погляди.

Озвучена теза підтверджується і рішенням Європейського суду з прав людини у справі «Бочківський проти Польщі», у якому Суд визначив, що «учасники зібрання повинні мати можливість проводити його, не побоюючись бути підданими фізичному насиллю з боку опонентів; такі побоювання могли б перешкодити публічному висловлюванню суспільно значущих позицій асоціаціями та іншими групами; позитивне зобов'язання держави щодо охорони права на свободу зібрань є особливо важливим у випадках, коли йдеться про непопулярні погляди або меншини, оскільки є велика вірогідність обмеження їхніх прав» [17].

Розглядаючи вибране для дослідження тематичне питання, вважаємо за доцільне приділити увагу тенденціям, які мають місце в практиці Європейського суду з прав людини та практиці національних судів.

Так, Європейський суд з прав людини, попри відносно невелику кількість винесених рішень щодо свободи мирних зібрань порівняно з практикою Суду щодо інших статей Конвенції, виокремив певні принципи положення, які характеризують зазначену свободу. Зокрема, право на мирні зібрання охоплює як публічні, так і приватні збори;

належить це право кожному, хто бажає їх провести; ідеї та лозунги, що проголошуються під час проведення заходів, можуть не збігатися з думкою та поглядами інших людей, навіть викликати обурення у незгодних [18, с. 626].

У рішенні у справі «Джавітан проти Туреччини» Європейський суд наголосив, що свобода мирних зібрань поширюється як на учасників таких мирних зібрань, так і на їх організаторів. У прийнятих рішеннях Європейський суд неодноразово визначав, що, окрім обов'язків поважати свободу мирних зібрань та не втручатися у її реалізацію, надзвичайно важливим для забезпечення можливості реалізації свободи мирних зібрань є обов'язок держави вживати позитивні заходи для забезпечення реалізації такої свободи, захищати проти порушення цього права або втручання у таке право з боку третіх осіб, а також забезпечувати максимальний захист під час проведення контрдемонстрацій [19].

Що стосується практики вітчизняних судів, то тут слід зазначити насамперед про її неузгодженість, яка полягає в тому, що суди застосовують різні позиції під час вирішення справ щодо реалізації права на мирні зібрання. Другою негативною тенденцією є тенденція так званих «автоматичних заборон», що отримує свій вияв у тому, що суди здебільшого ухвалюють рішення не на користь реалізації цього права, а навпаки, на обмеження та заборону (логічним поясненням такої поведінки суддів є досить високий рівень залежності останніх судів від політичної влади). Третьою проблемою є недостатній рівень надання обґрунтування прийнятими судовими рішеннями. Це, як правило, отримує свій вияв у тому, що судді досить часто не можуть чітко, вичерпно викласти мотивувальну частину свого рішення, посилаючись на реальні загрози, які може нести потенційне мирне зібрання. По-четверте, досить часто мають місце випадки, коли національні суди під час розгляду зазначеної категорії справ використовують суто національне законодавство без урахування міжнародного. Вирішуючи справи, суди часто обмежуються використанням Конституції України, рішеннями Конституційного Суду України без урахування практики Європейського суду з прав людини,

незважаючи на те, що нині з огляду на ст. 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» українські суди під час відправлення правосуддя мають застосовувати практику ЄСПЛ як джерело права. Отже, для судді рішення ЄСПЛ є, умовно кажучи, законом, яким він зобов'язаний керуватися, розглядаючи справи, що перебувають у нього у провадженні. При цьому обов'язковий характер для судді мають рішення ЄСПЛ, прийняті як щодо України, так і щодо будь-якої іншої держави [14, с. 34; 15, с. 4–6].

Таким чином, систематизувавши вищевикладене, можна дійти висновку, що практика національних судів щодо реалізації права на мирні зібрання потребує свого вдосконалення з урахуванням позицій, висловлених ЄСПЛ.

З огляду на прогалини та колізії у регламентації реалізації права на мирні зібрання, нині перед законодавчим органом України постає завдання, яке полягає у розробці та прийнятті такого нормативно-правового акта, котрий «дав би змогу» надалі комплексно, неупереджено вирішувати питання, пов'язані з реалізацією права на мирні зібрання [20].

На потребу законодавчого регулювання мирних зібрань в Україні вказано і Європейським судом з прав людини під час розгляду справ проти України. Так, у Рішенні Європейського суду з прав людини від 11 квітня 2013 року в справі «Верещов проти України» було визнано порушення Україною ст. 11 Конвенції через наявність законодавчої прогалини щодо регулювання свободи зібрань, яка наявна в законодавстві України протягом більш ніж двох десятиліть. Тому Європейський суд з прав людини закликав Україну якнайшвидше прийняти відповідний закон [21].

Отже, проаналізувавши та систематизувавши усе вищевикладене, ми можемо зробити висновок про те, що нині ключовою проблемою, яка «гальмує» процеси реалізації передбаченого ст. 39 Конституції України права на свободу мирних зібрань, є відсутність спеціального закону, котрий би передбачив механізм реалізації та можливість обмеження конституційного права на мирні зібрання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 07.04.2021).
2. Загальна декларація прав людини і громадянина від 10.12.1998 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 07.04.2021).
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 року : ратифікована Законом України від 17 липня 1997 року № 475/97-ВР. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 07.04.2021).
4. Байрачна Л.К., Черниш В.В. Право на свободу мирних зібрань: теорія та судова практика. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/handle/lib/32626> (дата звернення: 07.04.2021).
5. Про свободу совісті та релігійні організації : Закон України від 23.04.1991 № 987-12. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/987-12#Text> (дата звернення: 07.04.2021).
6. Про громадські об'єднання : Закон України від 22.03.2012 № 4572-17. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/4572-17> (дата звернення: 07.04.2021).
7. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 № 280/97-вр. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/280/97-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 07.04.2021).
8. Про столицю України – місто-герой Київ : Закон України від 15.01.1999 № 401-14. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/401-14> (дата звернення: 07.04.2021).
9. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 № 2747-15. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2747-15> (дата звернення: 07.04.2021).
10. Великий енциклопедичний юридичний словник / За редакцією акад. НАН України Ю.С. Шемшученка. Київ : ТОВ «Вид-во Юридична думка», 2007. 992 с.
11. Власенко О. Конституційне право громадян на свободу зборів, мітингів, походів і демонстрацій : автореф. дис. на здоб. наук. ступ. канд. юрид. наук : спеціальність : 12.00.02. Київ, 2011. 20 с.
12. Погорілко В.Ф. Референдне право України : навчальний посібник. Київ : «Ліра-К», 2006. 366 с.
13. Парламентаризм: реєстр термінів і понять: довідкове видання / авт.-упоряд.: О.Л. Копиленко та ін.; Ін-т зак-ва Верховної Ради України. Київ : К.І.С., 2012. 512 с.
14. Мельник Р.С. Право на свободу мирних зібрань: теорія і практика. Київ, 2015. 168 с.
15. Серета М. Право на мирні зібрання: теоретичні, практичні та порівняльно-правові аспекти : дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2019. 204 с.
16. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) від 19 квітня 2001 року № 4-рп / 2001.
17. Решение Европейского суда по правам человека по делу «Бачковский (Bączkowski) и др. Против Польши» от 3 мая 2007 г. Свобода собраний в постановлениях Европейского суда по правам человека. Воронеж : Артефакт, 2009. § 64.

18. Буроменський М.В. Право на свободу асоціації та на проведення мирних зборів. *Європейська конвенція з прав людини: основні положення, практика застосування, український контекст*. Київ. 2002. С. 621–626.

19. Федорова А.Л. Право на свободу мирних зібрань у контексті практики Європейського суду з прав людини. URL: http://ekmair.ukma.edu.ua/bitstream/handle/123456789/3245/Fedorova_Pravo_na_svobodu_myrnykh_zibran%20.pdf?sequence=1 (дата звернення: 07.04.2021).

20. Конев І.Є. Конституційні засади реалізації права на мирні зібрання в сучасній Україні. URL: http://www.sulj.oduvs.od.ua/archive/2019/4/part_1/12.pdf (дата звернення: 07.04.2021).

21. Рішення Європейського суду з прав людини від 11 квітня 2013 року у справі «Веренцов проти України» (Vyarentsov V. Ukraine). *Офіційний вісник України*. 2013. № 83. Ст. 3106.

ХАРАКТЕРНІ ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО ПРАВА КИТАЙСЬКОЇ НАРОДНОЇ РЕСПУБЛІКИ: ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРАКТИЧНІ АСПЕКТИ

THE CHARACTERISTIC FEATURES OF THE CONSTITUTIONAL LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA: THEORETICAL AND PRACTICAL ASPECTS

Черниш В.В., студент III курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню особливостей державного (конституційного) права Китайської Народної Республіки. Проаналізовано підходи різних вчених щодо визначення ключових аспектів конституційного права Китайської Народної Республіки, а саме Ю. Тихомирова, С. Беньцяня, Л. Цюценья, А. Саїдова, К. Гасанової та інших. Досліджено ключові риси китайської Конституції, а саме: консервативність, дотримання принципу вірності традиціям, ідеологізація. Проаналізовано характерні особливості правової системи КНР (дія відносно невеликої кількості законів; регулювання наявних у КНР суспільних відносин на трьох основних рівнях: на рівні державних (партійних) програмних документів, прийнятих партійними або урядовими органами, які виступають в ролі головних регуляторів соціально-економічного та державно-політичного розвитку країни, на рівні законів і підзаконних нормативно-правових актів за відсутності деяких кодифікованих актів правотворчості, на рівні актів правотворчості, що приймаються місцевими органами влади і спрямованих в основному на регулювання питань соціально-економічного розвитку регіону; експериментальний порядок; нечіткість, розпливчастість, неконкретизованість формулювань текстів китайських нормативно-правових актів; особлива специфіка правосвідомості китайця). Досліджено основні етапи розвитку правової системи Китайської Народної Республіки та їх особливості: перший етап – закладення фундаменту китайської державності; другий етап – період «культурної революції», де було фактично ліквідовано конституційну систему державних органів, статутних органів КПК і громадських організацій; третій етап – період широких економічних і політичних перетворень; четвертий етап – період соціально-економічних та законодавчих перетворень, пов'язаних зі вступом Китаю в СОТ; п'ятий етап – період прийняття низки нормативно-правових актів. Розглянуто особливості регламентації прав людини в Китайській Народній Республіці (національна специфіка, яка складається з крайньої форми патріархальності і непорушних положень конфуціанства; соціалістична спрямованість і класифікація за соціально-класовою ознакою; заперечення «природної» концепції прав людини та інші).

Ключові слова: конституція КНР, правова система КНР, права людини в КНР, традиційність, ідеологізація.

The article is devoted to the peculiarities of the state (constitutional) law of the People's Republic of China. Analyzed the approaches of various scholars to determine the key aspects of the constitutional law of the People's Republic of China, namely Yu. Tikhomirov, S. Bentsyan, L. Tsyutsen, A. Saidov, K. Hasanova and others. Determined the key features of the Chinese Constitution, namely: conservatism, adherence to the principle of fidelity to traditions, ideologizing. Analyzed the characteristic features of the legal system of China (the effect of a relatively small number of laws; regulation of existing public relations in China at three main levels: at the level of state (party) policy documents adopted by party or government bodies acting as the main regulators of socio-economic and state – political development of the country, at the level of laws and regulations in the absence of some codified acts of lawmaking, at the level of lawmaking adopted by local authorities and aimed mainly at regulating the socio-economic development of the region; vagueness of the wording of the texts of Chinese regulations; special specifics of Chinese legal consciousness). Studied the main stages of development of the legal system of the People's Republic of China and their features: the first stage – laying the foundation of Chinese statehood; the second stage – the period of "cultural revolution", which actually liquidated the constitutional system of state bodies, CCP statutory bodies and public organizations; the third stage is a period of broad economic and political transformations; the fourth stage is a period of socio-economic and legislative transformations related to China's accession to the WTO, and the fifth stage is a period of adoption of a number of regulations. Considered the peculiarities of human rights regulation in the People's Republic of China (national specificity, which consists of an extreme form of patriarchy and inviolable provisions of Confucianism; socialist orientation and classification by socio-class basis; denial of the natural concept of human rights and others).

Key words: Constitution of the People's Republic of China; legal system of the PRC; human rights in China; traditionalism; ideologizing.

Постановка проблеми. Однією з найбільш характерних рис сучасного світу є процес глобалізації, зміна структури світового господарства, культури і суспільства. У наш час глобалізація не обійшла стороною жодну країну і жодну сферу життя суспільства, і в цьому процесі всесвітньої інтеграції право також зазнає постійних змін.

Одним із найважливіших понять, обговорюваних в рамках реформи, є поняття правової держави. Цей термін трактується по-різному, але є очевидним, що правова держава – це «офіційний публічно-структурний регулятор поведінки людей» [1].

У процесі вивчення права в Китаї традиційно основна увага приділяється правовим звичаям, політичному курсу та соціальній ідеї. На думку китайських юристів, на Заході уявлення про правову державу успішно розвинулось завдяки тому, що правовий звичай, правозастосовна практика і статутне право належать до єдиного понятійного і логічного простору, між ними немає чіткої межі і істотних протиріч [2].

У Китаї ж, де правові документи західного зразка почали створюватися порівняно недавно (у першій третині ХХ ст.), а їх прототипи запозичені ззовні (в основному з країн романо-германської правової сім'ї), процес появи

основ правової держави (в його західному розумінні) утруднений і йде повільно і обережно, оскільки між національним звичаєм і молодим статутним правом лежить світоглядна прірва. Унаслідок історичних і культурних причин розвиток держави і права Китаю відбувається особливим шляхом, із «китайською специфікою» [3].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання щодо дослідження державного права КНР протягом останніх років залишається дуже важливим та актуальним у колах багатьох науковців. Зокрема, теоретичним підґрунтям для дослідження цієї теми стали наукові праці таких вчених, як Ю. Тихомиров [1], С. Беньцянь [2], Л. Цюцень [3], А. Саїдов [4], К. Гасанова [5] та інші.

Метою статті є дослідження різноманітних аспектів конституційного права Китайської Народної Республіки, а саме розкриття характерних рис конституції КНР, дослідження основних етапів формування правової системи Китаю та їх характерних особливостей, а також аналіз ключових рис розуміння концепції прав людини в КНР.

Виклад основних положень. Чинна Конституція Китайської Народної Республіки була прийнята і введена в дію 4 грудня 1982 року на п'ятій сесії Всекитайського зібрання народних представників п'ятого скликання, яка

очолоє систему органів законодавчої влади республіки. Положення Конституції Китаю [4], незважаючи на те, що республіка переживає період бурхливого економічного розвитку і модернізації більшості галузей суспільного виробництва, відзначаються певною консервативністю.

Найбільш виразно це простежується в наведеній в ст. 6 Конституції характеристиці економічної системи Китайської Народної Республіки, основу якої становить соціалістична суспільна власність на засоби виробництва, яка реалізує принцип «від кожного – за здібностями, кожному – за працею» і ліквідує експлуатацію людини людиною.

З одного боку, це пояснюється відносною давністю прийняття самої Конституції, з іншого – дотриманням принципу вірності традиціям і завоювань китайської цивілізації.

Одночасно із цим можна говорити про помітну ідеологізацію Конституції Китаю, що не характерно для сучасних писаних конституцій більшості країн світу.

Про це свідчить, наприклад, зміст ст. 24 Конституції, згідно з якою держава виступає за суспільну мораль, ідеали якої – любов до Батьківщини, народу, праці, науки, соціалізму; виховує народ в дусі патріотизму, колективізму, інтернаціоналізму та комунізму. При цьому держава посилює будівництво соціалістичної духовної культури за допомогою широкого поширення високих ідеалів, морального і культурного виховання, виховання в дусі панування дисципліни і правопорядку [5].

Щодо характерних особливостей правової системи КНР, то хотілося б зазначити такі:

– по-перше, в ній діє відносно невелика, в порівнянні з іншими країнами, кількість законів. Правове регулювання суспільних відносин здійснюється переважно на рівні підзаконних нормативно-правових актів, більшу частину яких складають акти Державної ради КНР. Китайський законодавець вважає за краще йти шляхом інтенсивного прийняття окремих локальних актів правотворчості для більш оперативного реагування на зміни, які відбуваються в країні. Центральна влада надає широкі правотворчі повноваження органам влади на місцях для негайного прийняття правових документів щодо усунення прогалів у регулюванні суспільних відносин. Місцева правотворчість надзвичайно розвинена в Китаї;

– по-друге, регулювання наявних в КНР суспільних відносин здійснюється на трьох основних рівнях:

1) на рівні державних (партійних) програмних документів, прийнятих партійними або урядовими органами, які виступають в ролі головних регуляторів соціально-економічного та державно-політичного розвитку країни. До основних з них слід віднести плани п'ятирічного розвитку, державні програми середньострокового і довгострокового розвитку, державні плани розвитку досліджень в різних областях та ін. Більш того, нерідко партійні документи не просто мають силу закону, а стоять вище нього, в окремих випадках навіть над Конституцією [6];

2) на рівні законів і підзаконних нормативно-правових актів, за відсутності деяких кодифікованих актів правотворчості. У КНР до теперішнього часу не прийняті цивільний, адміністративний, податковий кодекси. Вперше Кримінальний кодекс КНР з'явився лише в 1979 році, після 30-річного існування нової держави. Разом із тим у країні досить добре розвинене процесуальне право. Прийнято Кримінально-процесуальний кодекс (1979 р.), Цивільно-процесуальний кодекс (1991 р.), Адміністративно-процесуальний кодекс (1989 г.), Арбітражний кодекс (1994 р.), Закон КНР «Про особливий процесуальний порядок вирішення морських суперечок» (1999 р.).

Китайський законодавець у сфері матеріального права не поспішає з введенням громіздких кодексів, віддаючи перевагу розрізненню, але оперативно прийнятим, змінованим актам правотворчості. При цьому йде ретельна і неспішна робота з підготовки проекту кодифікованого

документа, заслуховуються пропозиції широкого кола вчених-юристів і практикуючих фахівців, формується громадська думка і думка міжнародного експертного співтовариства з підтримки появи в правовій системі КНР кодифікованого акту правотворчості.

3) на рівні актів правотворчості, що приймаються місцевими органами влади і спрямованих в основному на регулювання питань соціально-економічного розвитку регіону, зокрема у сфері надання особливих пільгових податкових режимів китайським і закордонним інвесторам;

– по-третє, правовій системі КНР відомий так званий експериментальний порядок, що має на увазі правове регулювання правових відносин за допомогою нормативно-правових актів, які не обмежені терміном дії і передбачають їх вступ у силу в остаточній редакції лише після експертної оцінки доцільності цих актів та їх ефективності. Прийняття нормативно-правових актів в експериментальному порядку було досить поширеним явищем у перші десятиліття з моменту початку проведення політики реформ і відкритості;

– по-четверте, текстам китайських нормативно-правових актів, що утворюють правову систему КНР, властива нечіткість, розпливчастість, неконкретизованість формулювань, що було особливо характерно для актів правотворчості перших років після утворення КНР і після закінчення «культурної революції». На цю обставину особливо звертали увагу вітчизняні дослідники китайського права [7]. Усе це дуже серйозно впливає на однакове, правильне, точне тлумачення і застосування положень, які містяться у правовому акті, обмежує право сторін на ефективний законний захист своїх інтересів;

– по-п'яте, особливою специфікою володіє правосвідомість простого китайця. У його розумінні право, закон практично завжди асоціюються з інститутом покарання, інститутом юридичної відповідальності [8]. Китаєць намагається «стояти на шанобливій відстані» від права, у своїй поведінці керується не юридичними нормами, а прагненням «зберегти обличчя», не піддатися осуду з боку родичів і знайомих, прагне відповідати загальноприйнятим нормам моралі. Для китайської правосвідомості характерний пріоритет моралі над правом.

Варто зазначити, що правова система КНР у своєму розвитку пройшла кілька основних етапів, кожен з яких характеризується своїми відмінними рисами [9].

На **першому** етапі (1949–1966 рр.) був закладений фундамент китайської державності і, як наслідок, правової системи нового Китаю. Першим кроком нова комуністична влада скасувала прогресивне гомінданівське законодавство – «Повну книгу шести законів» (або шести галузей права).

Поряд зі скасуванням «Повної книги шести законів» в основу формування правової системи нової китайської держави лягло так зване законодавство звільнених радянських районів Китаю, яке активно приймалося комуністами в період до утворення КНР в районах, що знаходяться під їх військовим контролем [10]. Відразу після офіційного проголошення створення КНР (1 жовтня 1949 г.) керівництво країни розпочало активну правотворчу роботу для створення основ правової системи держави. Першими законодавчими актами того часу стали: Закон КНР «Про шлюб» (13.04.1950), Закон КНР «Про земельну реформу» (28.06.1950), Положення «Про покарання за контрреволюційну діяльність» (20.02.1951), Тимчасове положення «Про охорони державної таємниці» (01.06.1951), Положення «Про покарання за корупцію» (18.04.1952) та інші.

Першим документом, який носив для новоствореної китайської держави характер тимчасової конституції, стала Загальна програма Народної політичної консультативної ради Китаю, прийнята на його пленарній сесії 29 вересня 1949 року. Лише після п'ятирічного існування КНР 20 вересня 1954 року на світ з'явилася перша Кон-

ституція нового Китаю. Конституція 1954 року слугувала базою для подальшого активного розвитку правової системи країни.

Ситуація з розвитком правової системи КНР посилилася в період «культурної революції» (1966–1976 рр.) (другий етап в історії формування правової системи КНР). У цей період у Китаї не було прийнято, по суті, жодного законодавчого акта (нова Конституція КНР, яка з'явилася в 1975 році носила виключно декларативний характер), фактично ліквідованою виявилася конституційна система державних органів, статутні органи КПК і громадські організації. По суті, в результаті «культурної революції» була практично знищена заснована на Конституції 1954 р політична система КНР.

Після завершення «культурної революції», смерті Мао Цзедуну (1976 р.) і арешту основних її керівників («банда чотирьох») правова система КНР вступила в третій етап свого формування і розвитку (1976–2001 рр.). Саме з цього часу прийнято говорити про унікальний досвід правового будівництва китайської держави. Сучасний вигляд китайське право стало набувати з кінця 1978 року, коли Китай встав на шлях широких економічних і політичних перетворень.

Відновлення правової системи КНР після «культурної революції» пов'язане перш за все з прийняттям, нової 5 березня 1978 року, Конституції КНР [11]. У ній була законодавчо оформлена політика керівництва КНР, спрямована на відновлення країни після довгого руйнівного періоду «культурної революції». І хоча Конституція 1978 року проіснувала зовсім недовго (до 1982 року), вона стала основою для зародження правотворчого процесу в масштабах усього Китаю.

Поряд із прийняттям актів правотворчості економічної спрямованості вищий законодавчий орган Китаю вперше з моменту утворення в 1949 році КНР приймає Кримінальний та Кримінально-процесуальний кодекси (01.07.1979), а також Закон КНР «Про організацію народних судів», Закон КНР «Про організацію народної прокуратури» (01.07.1979), Тимчасове положення «Про адвокатів» (26.08.1980), Закон КНР «Про нотаріат» (13.04.1982).

4 грудня 1982 року була прийнята чинна Конституція КНР. По мірі державно-правового розвитку країни в неї вносилися різні зміни і поправки, які зіграли важливу роль у справі щодо успішної побудови правової системи КНР. Найбільш важливою є 13-а поправка, яка вперше в історії КНР на конституційному рівні вводить поняття «соціалістична права держава».

Вступ у грудні 2001 року КНР до СОТ ознаменувало собою новий, **четвертий** етап у формуванні соціалістичної правової системи китайської держави (2001–2010 рр.), що слугувало поштовхом до глибоких змін не тільки в соціально-економічній, а й в законодавчій сфері країни. Протягом 10 років з моменту вступу до СОТ у правовій системі Китаю з'явився цілий ряд нових правових актів, а набагато раніше прийняті закони зазнали суттєвих змін [12]. У першу чергу це стосується законів у сфері захисту прав інтелектуальної власності, в інвестиційній та податковій, банківській та підприємницькій сферах, у сфері боротьби з відмиванням грошей та ін.

У даний час правова система китайської держави переживає **п'ятий** етап свого розвитку (2011 рік – наші дні). Законодавець активізував зусилля щодо прийняття необхідних для країни нормативно-правових актів. Так, великий у порівнянні з попередніми роками обсяг законодавчої роботи був проведений в 2012 році, де в цілому було прийнято близько 20 важливих правових документів (Закон КНР «Про страхування військовослужбовців», Закон КНР «Про порядок в'їзду в країну і виїзду з країни», Закон КНР «Про психічне здоров'я» і т.д.).

Важливим рішенням китайської держави стало пом'якшення політики планування народжуваності, що

дає право на народження другої дитини подружжю, хоча б один з яких був у своїй сім'ї єдиною дитиною. Таке істотне послаблення у сфері демографічної політики зумовлено різким старінням населення і передбачуваним серйозним тиском через це в майбутньому на пенсійну систему країни.

Важливим аспектом, без якого також ґрунтовно не можна розглядати право КНР, є аналіз питань стосовно особливостей прав людини в КНР.

Вчена Т. Кардополова вважає, що особливістю китайського поняття прав людини є його історичний базис («національну специфіку») [13], що складається із крайньої форми патріархальності і непорушних положень конфуціанства.

Необхідно зауважити, що конфуціанство строго окреслює коло обов'язків кожного індивіда (а не їх прав), а також підкреслює важливість покірності, схиляння, поваги і дотримання наказів старших за ієрархією (в чому і виражається патріархальність). Особливість китайської концепції права людини пов'язана зі сприйняттям прав людини як прав усього народу, а не конкретного індивіда, вона проповідує відмову від культивування індивідуалізму.

Щодо історичної специфіки китайського розуміння прав людини, то потрібно зазначити, що концепція прав людини в Китаї пройшла п'ять таких основних етапів:

1) 1949 р. КНР взяло курс на розширення прав особистості в суспільстві та проголосило, що громадянину як частині китайського суспільства гарантується вільний розвиток. Був закладений фундамент для подальшого закріплення соціально-економічних прав і свобод;

2) 1982 р. (період падіння комуністичних урядів, перевищення населення Китаю планки в 1 млрд., «холодної війни»). У 4-й Конституції КНР приведено 28 цивільних прав, майже тотожних наявним прав у конституціях західних країн;

3) 1991 р.: перша редакція «Білої книги» з прав людини, в якій «Права людини» називаються «великим поняттям»;

4) 2004 р.: «права людини» включені до Конституції, їх повага та забезпечення – основний обов'язок країни;

5) 2007 р.: 17-й Всекитайський з'їзд КПК: до Статуту КПК включена концепція «орієнтації на людину», повагу і забезпечення його прав.

Науковець Н. Вечканова виділяє такі основні особливості конституційних прав і свобод в КНР:

1) соціалістична спрямованість і класифікація за соціально-класовою ознакою;

2) перекіс у бік прав громадянина, а не особистості, що дозволяє вузько трактувати конституційні положення таким чином, що вони не поширюються на іноземців;

3) заперечення «природної» концепції, бо права та їх обсяг встановлюються тільки державою;

4) не прописані: право на життя, інформацію, свободу пересування та вибору місця проживання;

5) присутній вираз «права і обов'язки громадянина» (а не «права і свободи людини») і докладний перелік обов'язків

6) заборонені акти образи, наклепу, неправдивого звинувачення і цькування щодо громадян;

7) наявність свободи слова та друку, без закріпленої свободи думки [14].

Тобто можна сказати, що рівень дотримання прав людини в КНР порівняно з іншими країнами (особливо західного світу) досі залишається на низькому рівні, хоча все ж таки поступово простежується розвиток у цій сфері.

Висновки. Отже, в наш час розвиток права КНР характеризується спробами Китаю знайти свій власний шлях, який відповідає потребам інтеграції держав і одночасно базується на стародавніх китайських правових звичаях і традиціях. За останні 40 років право КНР зазнало значних позитивних змін, перейнявши досвід європейських країн, США та ін. У даний час Китай продовжує активний пошук власного шляху розвитку права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тихомиров Ю.А. Правовое государство: модели и реальность. *Журнал российского права*. 2011. № 12. С. 5.
2. Бэньцзянь С. Верховенство права и его социальные ресурсы. *Современная юриспруденция*. 2006. № 1. С. 3–15.
3. Цюцэнь Л. Специфика права Китайской Народной Республики и особенности его современного развития. *Правоведение*. 2019. Т. 63. № 2. С. 327–339.
4. Саидов А.Х. Конституции государств Азии. Т. 3. Дальний Восток. Москва, 2010. С. 232.
5. Гасанова К.К. Особенности конституционализма Китайской Народной Республики. Вестник Московского университета МВД России. 2014. № 5.
6. Трошинский П.В. Правовая система Китайской Народной Республики: становление, развитие и характерные особенности. *Вестник Университета имени О.Е. Кутафина*. 2015. № 5.
7. Ахметшин Х.М. Уголовный кодекс КНР : лекция. Москва, 1981. С. 14.
8. Трошинский П.В. Юридическая ответственность в праве Китайской Народной Республики. Москва, 2011.
9. Гудошников Л.М., Трошинский П.В. Подробный анализ принимаемого в период с 1949 по 2010 г. законодательства см.: *Современное право КНР: обзор законодательства*. Ч. 1 : 1978–2001. Ч. 2 : 2002–2010. Москва, 2012.
10. Гудошников Л.М. Советские районы Китая. Законодательство Китайской Советской Республики. 1931–1934 : пер. с кит. Москва, 1977.
11. Гудошников Л.М. Конституция 1978 г. и начало правосстановительного процесса в Китае. *Публично-правовые исследования*. 2008. № 3. С. 119–129.
12. Особенности развития правовой системы КНР после вступления в ВТО (2001–2010 гг.). Десятилетие устойчивого развития: политические итоги. Выпуск 27. Серия: Общество и государство в Китае в период реформ. Москва, 2012. С. 160–172.
13. Кардаполова Т.Ф. Проблема прав и свобод человека в Китае. 2014. № 6.
14. Вечканова Н.В. Конституционное регулирование личных прав и свобод человека в азиатских государствах Тихоокеанского региона. *Государственная власть и местное самоуправление*. 2010. № 12. С. 7–12.

ОБОВ'ЯЗКОВА ВАКЦИНАЦІЯ: ПОРУШЕННЯ ПРАВ ЧИ НЕОБХІДНІСТЬ?**COMPULSORY VACCINATION: BREACH OF RIGHTS OR NECESSITY?****Шаповал К.О., студентка I курсу***Інститут прокуратури**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Безпалько Ю.Ю., студентка I курсу***Інститут прокуратури**Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Хребтова Ю.А., студентка V курсу****факультету адвокатури***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних на сьогоднішній момент тем, а саме питанню вакцинації та її обов'язковості або ж добровільності для людей. Доволі тривалий час точаться дискусії серед багатьох науковців та експертів у галузі медицини, науки та права, чи варто впроваджувати обов'язок вакцинації для кожного. Окремі лікарі стоять на варті здоров'я населення всієї планети, тому невпинно продовжують повторювати про важливість вакцинування та появи всезагального імунітету у людства проти багатьох хвороб, зокрема і Covid-19. З іншого боку – деякі правники вбачають у цих заходах з боку держав порушення конституційних прав людини, зокрема права на приватне життя та права вільно розпоряджатися власним тілом. Проте основним обов'язком будь-якої держави є забезпечення життя та здоров'я нації в цілому, у тому числі реагування на будь-яку інформацію, яка містить відомості про загрозу національній безпеці. Оголошення Всесвітньою організацією охорони здоров'я стану пандемії стало підставою для ухвалення багатьох правових актів, які направлені на врегулювання різних сфер життя суспільства. За вказаних умов обмежуються права та свободи громадян, але водночас проводяться заходи з недопущення поширення нових форм COVID-19, зокрема й шляхом запровадження обов'язкового вакцинування, якого мільйони людей у світі чекають, проте значна частина не бажають його робити. Відсутність прецедентів такого масштабу у всьому світу зумовлює паніку та скептицизм до вакцини, будь-яких дій і кроків урядів країн щодо запровадження тих чи інших засобів боротьби з небезпечною хворобою. Крім цього, значно впливає відсутність будь-якого розуміння і представлення у людей, як вказаний вірус «завдає удару», оскільки навіть медицина допоки що не має повного уявлення, із чим вона має на сьогодні справу. Тож виникає питання: як насправді слід розглядати обов'язкову вакцинацію – порушенням чи обмеженням прав осіб чи вимушеною необхідністю держав у зв'язку з пандемією?

Ключові слова: вакцинація, обов'язок чи добровільність, права людини, порушення, особиста недоторканність, пандемія COVID-19.

The article analyses one of the most relevant topics today, namely the issue of vaccination and its mandatory or voluntary for people. Many scientists and experts in medicine, science and law have been debating for a long time whether the obligation to vaccinate should be performed by everyone. Doctors are guarding the health of all people around the world, so they keep talking about the importance of vaccination and the emergence of universal immunity in humans against many diseases, including Covid-19. Lawyers, on the other hand, see these measures by states as exclusively violating of most constitutional human rights, in particular the right to privacy and the right to freely dispose of one's own body.

However, the primary responsibility of any country is to ensure the life and health of the nation as a whole, including responding to any information that contains a threat to national security. The declaration of a pandemic by the World Health Organization has led to the adoption of many legal acts aimed at regulating various spheres of society. Under these conditions, the rights and freedoms of citizens are restricted, but these measures are taken to prevent the spread of new forms of COVID-19, including through the introduction of compulsory vaccination, which millions of people around the world are waiting for, but also the same amount of them does not want to do it. The lack of precedents of this magnitude around the world leads to panic and skepticism about the vaccine and any actions or steps taken by governments to introduce certain means of combating the dangerous disease. In addition, the lack of any understanding and representation in humans of how this virus strikes has a significant impact, because even medicine does not yet have a complete picture of what it is dealing with today. So how should compulsory vaccination really be considered – a violation and oppression of the rights of individuals or a forced need of states in connection with the real facts?

Key words: vaccination, obligation or voluntary, human rights, violations, personal integrity, COVID-19 pandemic.

Упродовж вже не одного століття люди борються з різними видами захворювань, спричинених то патогенними мікроорганізмами (мікробами), то вірусами, навіть викликаних нервовими розладами. Розвиток медицини, як ми спостерігаємо, не стоїть на місці, проте не завжди він поспіває за новими хворобами, що зумовлює виникнення різних наслідків. Такі наслідки завжди стосуються людини, як не дивно, бо саме вона є основним об'єктом, по якому те чи інше захворювання «б'є». І тоді виникає питання, хто ж стане на варті здоров'я не тільки окремого індивіда, але й всієї нації, іноді цілого світу з метою убезпечити населення від зараження, а в подальшому і можливої смерті? На нашу думку – держави та міждержавні об'єднання. Саме завдяки їх діям, зокрема, проведенню низки медичних реформ, виділенню коштів з державного бюджету у сферу медицини, залученню іноземного інвестування, рівень медичного забезпечення в країнах значно підвищується. Проте чи завжди ці дії, спрямовані на боротьбу проти тієї чи іншої масової хвороби, можна вва-

жати законними та доцільними у контексті прав людини та їх дотримання? Відповідь на це запитання ми б хотіли надати з огляду на фактичні події у світі після розповсюдження Covid-19 (коронавірусу) та закликання людей масово вакцинуватися в обов'язковому порядку.

Узагалі питання обов'язковості вакцинації не є новим, обговорення щодо його введення триває давно, просто наразі саме через масштабність поширення коронавірусної інфекції набуло доволі гострого та критичного значення. Проте чи доречно говорити про обов'язок людини вакцинуватися? По суті, у даному випадку має місце протистояння між публічним інтересом у захисті здоров'я великої кількості людей (суспільства) та правом на приватне життя і особисту недоторканність окремого індивіда.

З огляду на юридичний аспект право на вакцинацію слід розглядати в контексті ст. 3 Конституції України, яка вказує, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю [1]. З аналізу вказаної норми

Основного Закону слід дійти висновку, що людина, її здоров'я та життя – це ті цінності, за які держава порушилася низкою зобов'язань та гарантій, виконання і забезпечення яких з її боку призведе до дотримання зазначених приписів. Не менш тісно вказане переплітається і зі змістом ч. 1 ст. 27 Конституції України, відповідно до якої обов'язок держави – захищати життя людини [1]. На думку більшості експертів, стан здоров'я людини залежить на 20% від спадковості, на 10% – від рівня розвитку медицини, на 20% – від стану довкілля та на 50% – від способу життя. Саме через це питаннями здоров'я людини та суспільства в цілому мають займатися не тільки медичні працівники, які мають для цього спеціальну кваліфікацію та навички, чи профільне міністерство, але й майже всі державні органи та програми [2].

Якщо звернутись до галузевого законодавства, то, зокрема, відповідно до ст. 5 Закону України «Про Основи законодавства України про охорону здоров'я» державні, громадські або інші органи, підприємства, установи, організації, посадові особи та громадяни зобов'язані забезпечити пріоритетність охорони здоров'я у власній діяльності, не завдавати шкоди здоров'ю населення і окремих осіб, у межах своєї компетенції надавати допомогу хворим, особам з інвалідністю та потерпілим від нещасних випадків, сприяти працівникам органів і закладів охорони здоров'я в їх діяльності, а також виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством про охорону здоров'я [3]. З огляду на вказане цікавою видається позиція окремих науковців та експертів у галузі медицини, зміст якої зводиться до необхідності закріплення на законодавчому рівні обов'язкового вакцинування. При цьому на підтвердження цього прихильники введення обов'язкової вакцинації посилаються на кейс із судової практики США, а саме – на справу Хенінга Якобсона проти штату Массачусетс. Її суть полягала в тому, що у 1902 р. з метою попередження поширення віспи було прийнято закон, згідно з положеннями якого всі дорослі особи мали пройти обов'язкову вакцинацію або сплатити штраф у розмірі 5 доларів. Х. Якобсон відмовився роботи і перше, і друге, аргументувавши це тим, що, по-перше, кожна особа має свободу у виборі способів поведінки зі своїм тілом та здоров'ям, які вона вважає найбільш прийнятними для неї; а по-друге, що він вже був вакцинований у дитинстві та мав вкрай гостру реакцію на вакцину. Суд прийняв рішення, в якому вказав, що, базуючись на принципі захисту, першорядною необхідністю, спільнота має право захищати себе від епідемічних захворювань, що загрожують безпеці її членів. Отже, автономія волі у праві вибору вакцинуватися чи ні не є абсолютною та має поступатись, коли йдеться про інтерес громадськості та зокрема здоров'я всього суспільства [4].

У світлі вказаного та аналізуючи положення міжнародно-правових документів, держави дійсно мають зобов'язання із забезпечення та захисту громадського здоров'я. Так, відповідно до ст. 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні та культурні права, держави, окрім іншого, мають вживати заходи щодо попередження та лікування епідемічних захворювань та боротьби з ними [5]. Проте варто вказати, що в тексті Пакту не йдеться про обов'язок особи вакцинуватися. Вакцинація, а якщо правильніше, то програма імунізації, виступає як один із можливих заходів боротьби з хворобами інфекційного характеру. Попри це зазначається, що держави мають забезпечувати медико-санітарну допомогу, яка містить у собі і програми імунізації проти основних інфекційних хвороб [6]. На основі вище вказаного ми дійшли висновку, що на держави покладено позитивний обов'язок забезпечувати та гарантувати права цілого суспільства на безпечне життя та гарний рівень здоров'я, проте вакцинація як така не може слугувати примусовим засобом досягнення вказаних цілей. Але все ж таки на законодавчому

рівні прийнятий та діє Календар профілактичних щеплень в Україні, згідно з п. 1 якого визначається, що ним є нормативно-правовий акт центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я, яким встановлюються перелік обов'язкових профілактичних щеплень та оптимальні строки їх проведення [7]. У свою чергу, ч. 1 ст. 12 Закону України «Про захист населення від інфекційних хвороб» містить перелік захворювань, вакцинація проти яких є обов'язковою і включається до календаря щеплень, зокрема, проти дифтерії, кашлюка, кору, поліомієліту, правця та туберкульозу [8]. Але цей перелік може бути розширений, якщо виникає загроза масового поширення небезпечної інфекційної хвороби на відповідних територіях та об'єктах (п. 3) [7]. Таким чином, з огляду на це підстави для обов'язкової вакцинації проти коронавірусу можуть бути нормативно врегульовані.

Варто згадати у цьому світлі й практику Європейського Суду з прав людини (далі – ЄСПЛ або Суд). Як вказує Суд, свобода у наданні згоди на медичне втручання виступає принципом прецедентного права Європейського суду з прав людини [9]. ЄСПЛ у деяких справах визнав обов'язкову вакцинацію як небажане медичне втручання, здійснене без отримання добровільної згоди, що являло збоєм втручання у право на повагу до приватного життя, що включає фізичну та психологічну цілісність особи (справи «Салветті проти Італії», «Маттер проти Словаччини») [10, с. 135]. Проте у справі «Соломахін проти України» ЄСПЛ констатував відсутність порушення ст. 8 Конвенції, вказавши, що обов'язкове щеплення у даній справі було передбачено законом і переслідувало легітимну мету, і не знайшов доказів того, що щеплення, про яке йдеться, зашкодило здоров'ю заявника [11]. Щодо цього ж питання ЄСПЛ 8 квітня 2021 року прийняв рішення у справі «Вавржичка та інші проти Чеської Республіки». Воно не стосувалось коронавірусу, а виключно обов'язковості щеплення дітей від низки хвороб, включаючи дифтерію, коклюш, правець, поліомієліт, гепатит В, кір і краснуху. Батьки, які відмовилися від щеплення своїх дітей, зазнали певних втручань у права, на їх думку. Так, одного із них оштрафували на 3000 чеських крон за відмову привести на щеплення двох його дітей. В іншому випадку дитину відрахували із дитячого садка, коли з'ясувалося, що в неї немає всіх необхідних щеплень. Зрештою, батьки подали скарги до ЄСПЛ, вважаючи, що вимоги органів державної влади суперечать ст. 8 Конвенції, адже встановлений обов'язок вакцинації порушує право на повагу до приватного життя. Суд у висновку вказав, що обов'язкова вакцинація, яка стала предметом оскарження, має розумне та адекватне співвідношення пропорційності до законних цілей, що переслідуються державою-відповідачем. Відповідно, не було порушення статті 8 Конвенції [12]. Цікаво, що і в Україні схожа практика теж мала місце. Так, Верховний Суд у справі № 682/1692/17 від 17.04.2019 р. про недопущення дитини до закладу дошкільної освіти (дитсадка) через відсутність у неї необхідних щеплень вказав, що вимога про обов'язкову вакцинацію населення проти особливо небезпечних хвороб з огляду на потребу охорони громадського здоров'я, а також здоров'я зацікавлених осіб, є виправданою. Тобто в даному питанні превалює принцип важливості суспільних інтересів над особистими, однак лише у тому випадку, коли таке втручання має об'єктивні підстави – тобто було виправданим [13].

Як бачимо, вакцинація може бути визнана не просто бажаною, а навіть обов'язковою в деяких випадках. Такої ж думки дотримується і Конституційний Суд України, виходячи з того, що право на свободу та особисту недоторканність може бути обмежене, однак таке обмеження має здійснюватися з дотриманням конституційних гарантій захисту прав і свобод людини і громадянина, принципів справедливості, рівності та домірності (пропорційності), із забез-

печенням справедливого балансу інтересів особи та суспільства, на підставі та в порядку, визначених законами України, з урахуванням актів міжнародного права, позицій Європейського суду з прав людини, за вмотивованим рішенням суду, прийнятим в порядку справедливої судової процедури (абзац сьомий підпункту 2.2 пункту 2 мотивувальної частини) [14]. Отже, таке втручання з боку держави не є порушенням прав людини, а, навпаки, обумовлено низкою негативних наслідків щодо здоров'я та життя всього населення, які можуть настати в разі відсутності активних дій з боку держави.

Проте на практиці виникає низка інших питань, при наданні відповіді на які теж виникає загроза порушення або обмеження прав людини. Зокрема, перше питання стосується того, хто нестиме відповідальність за негативні наслідки від вакцинації, зокрема, побічні ефекти (оскільки Верховна Рада України 19 березня звільнила виробників вакцин від COVID-19 від відповідальності за негативні наслідки після вакцинації)? Щодо цього слушною є думка Демченко І.С. та Дубицької Н.Т., які зазначають, що «шкода чи покращення та захист вашого здоров'я – це «медично-правова рулетка», і не більше» [10, с. 136]. У даному випадку тягар відповідальності муситиме брати на себе держава відповідно до ч. 6 ст. 9-2 Закону України «Про лікарські засоби» [15], проте наразі не прописано механізмів відшкодування такої шкоди, адже, на наш погляд, приписів лише Цивільного кодексу України, викладених у розділі про відповідальність, що виникає з недовірних правочинів, замало, оскільки дана сфера є доволі специфічною. Крім цього, на практиці буде складно довести причинно-наслідковий зв'язок між введеною вакциною та побічними ефектами, яких зазнали пацієнти. А це вже може посягати на конституційні права на повагу до гідності особи, на свободу та особисту недоторканність та на охорону здоров'я, адже згідно з ч. 2 ст. 49 Конституції України не буде забезпечено державою ефективного медичного обслуговування [1].

Не менше занепокоєння викликає й питання щодо якості вакцини, яку закуповує держава для використання у подальшій обов'язковій вакцинації. На сьогодні Україна забезпечила державні медичні заклади більшою мірою саме індійськими вакцинами Covishield. Але з приводу безпеки та тяжких наслідків цього щеплення експерти не дають однозначної відповіді. Власне за результатами дослідження

соціологічної групи «Рейтинг», щепитися препаратом Covishield нині готові лише 27 відсотків українців. Це на 20 відсотків менше, ніж прихильників вакцинації загалом – зробити щеплення, якщо воно буде безкоштовним, бажають 47 відсотків громадян. Водночас інша половина українців не готова вакцинуватись навіть безоплатно через недовіру до якості вказаної вакцини [16]. А відповідно до приписів Закону України «Про лікарські засоби» до останніх відноситься і вказана вакцина проти коронавірусу, яка має бути високоефективною, безпечною та якісною. За відсутності вказаних ознак у такого препарату може мати місце порушення права особи на отримання якісного препарату відповідно до ч. 1 ст. 6 Закону України «Про захист прав споживачів» [17]. Важливим є, на нашу думку, і право вибору особою тих медичних препаратів, які вона бажає застосувати при лікуванні, а не тих, які закупила держава. Це, на наше переконання, відповідає вимогам ч. 2 ст. 284 Цивільного кодексу України, яка вказує, що фізична особа, яка досягла чотирнадцяти років і яка звернулася за наданням їй медичної допомоги, має право на вибір лікаря та вибір методів лікування відповідно до його рекомендацій [18]. Під методами у даному випадку слід мати на увазі і ті медикаменти, які призначаються лікарями, адже останнє слово завжди має залишатися за пацієнтом.

Отже, з усього вище викладеного, слід дійти висновку, що запровадження обов'язкової вакцинації не є порушенням прав людини, зокрема права особи на особисту недоторканність за умови, якщо воно є необхідним у демократичному суспільстві з метою запобігання поширенню небезпечних захворювань та захисту великої кількості населення від негативних наслідків поширення таких хвороб. Саме за наявності легітимної мети, законодавчого припису та пропорційності застосування з боку держави вказаних дій обов'язкова вакцинація буде вважатись правомірною. Інші питання виникають вже безпосередньо у ході здійснення такої вакцинації, у результаті чого можуть мати місце інші порушення конституційних прав людини. У цьому аспекті нагальним і доречним була б чітка регламентація дій з боку держави в разі відсутності бажаного ефекту після такої вакцинації, прозорих механізмів відшкодування шкоди особам в разі неотримання ними належного результату або завдання шкоди здоров'ю, надання права вибору пацієнтом тієї вакцини, якої забажає саме він, а не виключно тієї, яку закуповує держава.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
2. Обов'язкова вакцинація в Україні: думки експертів. Марківська громада : веб-сайт. URL : <https://markivska-gromada.gov.ua/news/1608550428/> (дата звернення: 13.04.2021).
3. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19 листопада 1992 р. № 2801-XII / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12/conv#n18> (дата звернення: 13.04.2021).
4. Якобсон проти штату Массачусетс. Вікіпедія: вільна енциклопедія. URL: https://ru.qaz.wiki/wiki/Jacobson_v._Massachusetts (дата звернення: 13.04.2021).
5. Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права : прийнятий і проголошений резолюцією 545 В (XXI) Генеральної Асамблеї ООН від 16 грудня 1966 р. База даних «Законодавство України». URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (дата звернення: 13.04.2021).
6. Зауваження загального порядку № 14 (2000). Право на найбільш досяжний рівень здоров'я (стаття 12 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права). URL : <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=4slQ6QSmIBEDzFEovLCuW1AVC1NkPsgUedPIF1vfPMJ2c7ey6PAz2qaojTzDjMCO00gX5V%2FxFevrspahcSeU9T883zaKN3UwGR3%2BTLPLXXkRXGwl1t8htgWj9T8vsFZ11> (дата звернення: 13.04.2021).
7. Календар профілактичних щеплень в Україні : наказ Міністерства охорони здоров'я України від 16.09.2011 № 595 / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1159-11#Text> (дата звернення: 14.04.2021).
8. Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 6 квітня листопада 2000 р. № 1645-III / Верховна Рада України. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1645-14#Text> (дата звернення: 14.04.2021).
9. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Прітті проти Сполученого Королівства» (заява № 2346/02) від 29 квітня 2002 р. База даних «Законодавство України». URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_210#Text (дата звернення: 14.04.2021).
10. Демченко І.С., Дубицька Н.Т. Нормативно-правове регулювання обов'язкової вакцинації: аргументи «за» та «проти». *Часопис Київського університету права*. 2017. № 4. С. 133–138.
11. Рішення Європейського Суду з прав людини у справі «Соломахін проти України» (заява № 24429/03) від 15 березня 2011 р. ІАС Консультант: інформаційно-аналітична система по законодавству України: веб-сайт. URL : <http://consultant.parus.ua/?doc=08UQXEATB2> (дата звернення: 14.04.2021).

12. Обов'язковість щеплення дитини може розглядатися як «необхідна у демократичному суспільстві». Європейська правозахисна організація: веб-сайт. URL : <https://www.evrosud.org/obovyazkovist-shheplennya-dytyny-mozhe-rozglyadatysya-yak-neobhidna-u-demokratychnomu-suspilstvi/> (дата звернення: 14.04.2021).
13. Постанова Касаційного цивільного суду Верховного Суду у справі № 682/1692/17 від 17.04.2019 р. Єдиний державний реєстр судових рішень: веб-сайт. URL : <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333> (дата звернення: 14.04.2021).
14. Рішення Конституційного Суду України (Велика палата) у справі за конституційною скаргою Глущенко Віктора Миколайовича щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень частини другої статті 392 Кримінального процесуального кодексу України від 13 червня 2019 року № 4-р/2019 / *Верховна Рада України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-19#Text> (дата звернення: 14.04.2021).
15. Про лікарські засоби : Закон України від 4 квітня 1996 р. № 123/96-ВР / *Верховна Рада України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/123/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 14.04.2021).
16. Вакцинація від коронавірусу: хто і чому в Україні відмовляється від щеплення. Deutsche Welle: веб-сайт. URL : <https://www.dw.com/uk/vaktsynatsiia-vid-koronavirusu-khto-i-chomu-v-ukraini-vidmovliaietsia-vid-shheplennia/a-57042054> (дата звернення: 14.04.2021).
17. Про захист прав споживачів : Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII / *Верховна Рада України*. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення: 14.04.2021).
18. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 14.04.2021).

ОСОБЛИВОСТІ КОНСТИТУЦІЙНОГО КОНТРОЛЮ В ЗАРУБІЖНИХ КРАЇНАХ: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ З УКРАЇНСЬКИМИ РЕАЛІЯМИ

PECULIARITIES OF CONSTITUTIONAL CONTROL IN FOREIGN COUNTRIES: COMPARATIVE AND LEGAL ANALYSIS WITH UKRAINIAN REALITIES

Якубов Б.В., студент II курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено порядок формування та обсяг повноважень органів конституційного контролю у зарубіжних країнах з подальшим їх порівнянням як між собою, так і з регламентацією процедури такого контролю в Україні. Задля співставлення схожих та протиставлення відмінних рис конституційного контролю у зарубіжних країнах автор виділяє та характеризує його чотири моделі: європейську, американську, французьку та швейцарську. У ході аналізу таких моделей виділяються їх країни-представники, зокрема Німеччина, Литва, США, Мексика, Швейцарія, Франція, та досліджуються їх органи конституційного контролю (суди як загальної, так і конституційної юрисдикції, а також квазісудові установи). При цьому здійснюється спроба пояснити соціально-політичні та історичні причини тяжіння вищевказаних країн до конкретної моделі з властивими їй елементами.

Значну увагу приділено вибокам європейської моделі (австрійської/німецької) в контексті бачення конституційного контролю Гансом Кальзеном. Тому в кожному окремому випадку порушується питання незалежності органів конституційного контролю від законодавчої гілки влади, яка часто бере участь у їх формуванні. Своєю чергою європейську модель зіставлено та протиставлено із найближчою до неї – французькою, внаслідок чого у статті розглядається питання доцільності виокремлення із загальної судової системи установ (судів або квазісудів) конституційної юрисдикції.

Також у статті були співставлені і дві інші схожі за своєю правовою природою моделі – швейцарська та американська. Саме з цього співвідношення в дослідженні порушується проблема централізованого і децентралізованого конституційного контролю. Також у контексті швейцарської моделі розглядається проблема «іммунітету» федеральних законів під час здійснення конституційного контролю.

Окрема увага приділена процедурі ампаро, що є похідною від швейцарської моделі конституційного захисту; охарактеризовано як загальні її риси, так і підкреслено особливості її застосування в певних зарубіжних країнах, зокрема її поширення та трансформація в Мексиці.

Ключові слова: конституційний контроль, конституційний суд, конституційна скарга, конституційна юстиція, процедура ампаро.

The article examines the procedure for the formation and scope of powers of constitutional review bodies in foreign countries with their subsequent comparison both with each other and with the regulation of the procedure of such review in Ukraine. In order to compare similar and contrast the distinctive features of constitutional control in foreign countries, the author distinguishes and characterizes its four models: European, American, French and Swiss. The analysis of these models highlights their representative countries, including Germany, Lithuania, the United States, Mexico, Switzerland, and France, and examines their constitutional review bodies (courts of both general and constitutional jurisdiction, as well as quasi-judicial institutions). At the same time, an attempt is made to explain the socio-political and historical reasons for the attraction of the above countries to a specific model with its inherent elements.

Considerable attention is paid to the origins of the European model (Austrian / German) in the context of Hans Kalzen's vision of constitutional control. Therefore, in each case, the question of the independence of constitutional review bodies from the legislative branch, which often participates in their formation. In turn, the European model is compared and contrasted with the closest to it – the French, as a result, the article considers the feasibility of separation from the general judicial system of institutions (courts or quasi-courts) of constitutional jurisdiction.

The article also compared two other models that are similar in nature – the Swiss and the American. It is from this relationship that the problem of centralized and decentralized constitutional control arises in the study. Also in the context of the Swiss model, the problem of "immunity" of federal laws during the exercise of constitutional control is considered.

Particular attention is paid to the amparo procedure, which is derived from the Swiss model of constitutional protection; it is characterized by both general features and its peculiarities of application in certain foreign countries, in particular its distribution and transformation in Mexico.

Key words: constitutional control, constitutional court, constitutional complaint, constitutional justice, amparo procedure.

Постановка проблеми. Натепер кожна держава світу має власну розгалужену систему законодавства, головним орієнтиром розвитку якої виступає саме конституція, що своєю установчою та вищою юридичною силою оберігає головні цінності суспільства, визначає основоположні права громадян та окреслює межі компетенції та втручання державних органів. Більше того, конституція є ніби паспортом держави на арені міжнародних відносин, за яким можна встановити її форму правління, територіальний устрій та правовий режим. З цього витікає, що конституція є стрижнем державного ладу, який підлягає підвищеній охороні з боку самої держави. Така охорона виявляється у підпорядкуванні органів влади та їх активів нормам основного закону. З цією метою створюються органи, головним завданням яких є перевірка відповідності поточного законодавства нормам чинної конституції. Тому надважливим є питання найбільш дієвого та ефективного формування судів або інших органів конституційної юрисдикції, надання їм правових інструментів захисту конституції та гарантій незалежності під час здійснення своїх повноважень. Особливого значення таке дослідження набуває в умовах нещодавньої конституцій-

ної кризи в Україні, коли Конституційний Суд прийняв безпрецедентне рішення від 27.10.2020 № 13-р/2020 [1] про неконституційність окремих положень Кримінального кодексу та Закону України «Про запобігання корупції», що спричинило відкрите протистояння Президента України та КСУ з приводу вищезазначеного питання. Тому актуально залишається проблема визначення повноважень та порядку формування органів конституційної юстиції задля підтримання балансу їх внутрішньої доброчесності і зовнішньої незалежності. У пошуках «золотої середини» звернемося до досвіду зарубіжних країн.

Ступінь розробки проблеми. Питання устрою та діяльності органів конституційного контролю були досліджені у працях таких учених та практиків, як: А. Георгіци, А. Клишас, А. Портнов, А. Микошин, В. Погорілко, В. Шаповал, В. Ріака, Н. Шукліна, О. Лотюк, Є. Черняк, Ю. Тодика, та інших.

Мета статті полягає у дослідженні компетенції та порядку формування органів конституційного контролю у зарубіжних країнах, визначенні основних моделей такого контролю, а також їх співвідношення з устроєм та функціоналом Конституційного Суду України.

Виклад основного матеріалу. Перед тим як безпосередньо перейти до аналізу моделей та органів конституційного контролю зарубіжних країн, необхідно визначитися із самим поняттям «конституційний контроль». Загальноприйнятим визначенням конституційного контролю в науковій літературі є таке: «Конституційний контроль – це будь-яка форма перевірки на відповідність (несуперечність) конституції актів і дій органів публічної влади, а також громадських об'єднань, що здійснюють публічні функції або створені для участі у здійсненні публічної влади» [2; с. 12]. І саме від особливостей державного устрою тієї чи іншої країни залежить, в якій конкретній формі здійснюватиметься конституційний контроль. Самими ж органами конституційного контролю можуть виступати органи загальної компетенції (президент як гарант конституції, парламент як орган законодавчої влади, створені в ньому комітети), але в контексті цього питання варто розглядати саме спеціальну, виключну компетенцію щодо захисту конституції.

Почнемо порівняльно-правовий аналіз із національного органу конституційного контролю – Конституційного Суду України. Відповідно до Закону України «Про Конституційний Суд України» цей Суд складається із вісімнадцяти суддів, які призначаються державними органами в такому порядку: «Президент України, Верховна Рада України та з'їзд суддів України призначають по шість суддів Конституційного Суду». Строк повноважень суддів становить дев'ять років без права на переобрання [3]. З цього витікає, що у порядку формування КСУ законодавцем був закладений принцип «стримувань і противаг». Щодо повноважень Суду, то можемо визначити такі форми конституційного контролю, як: вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) нормативно-правових актів органів державної влади; офіційне тлумачення Конституції України; надання висновків про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість; вирішення питань про відповідність Конституції України (конституційність) законів України (їх окремих положень) за конституційною скаргою особи, яка вважає, що застосований в остаточному судовому рішенні в її справі закон України суперечить Конституції України; надання за зверненням Верховної Ради України висновку щодо відповідності законопроекту про внесення змін до Конституції України вимогам статей 157 і 158 Конституції України.

Визначивши устрій та повноваження КСУ, перейдемо до дослідження органів аналогічної компетенції у зарубіжних країнах. Такий аналіз проведемо, диференціюючи країни за моделями конституційного контролю.

Найбільш наближеною до української конституційної юстиції є саме європейська модель, що також часто називається австрійською (рідше німецькою) відповідно до походження свого засновника – Ганса Кельзена, який стверджував, що скасування нормативно-правових актів через їх неконституційність не можна доручати тому органу, що їх видав [4, с. 132–133]. А тому необхідно доручати це або судам конституційної юрисдикції, або органам спеціальної (конституційної) компетенції.

Головною особливістю австрійської (німецької) моделі є виокремлення суду конституційної юрисдикції з-поміж судів загальної компетенції. А значить країнами, що тяжіють до такої моделі, є: Австрія, Бельгія, Болгарія, Іспанія, Італія, РФ, ФРН, у тому числі і Україна.

Більш детально розглянемо повноваження та порядок формування Федерального Конституційного Суду Німеччини як основного представника європейської моделі. Суд складається з двох Сенатів із восьми суддів у кожному – обидва сенати є рівноправними. Призначення суддів відбувається таким чином: Бундесрат та Бундестаг вибирають

по половині складу суддів кожного Сенату Суду, яких призначає Президент. А строк повноважень суддів становить 12 років без права на переобрання [5]. Цікавим є те, що відповідно до концепції Ганса Кельзена, яка і є підставою австрійської (німецької) моделі, орган, який приймає нормативно-правові акти, не може вирішувати питання про їх конституційність, але водночас саме німецький парламент вибирає та Президент призначає суддів, які завідують цими питаннями.

Відповідно до Закону Німеччини «Про Федеральний Конституційний Суд» ФКСН має такі повноваження: вирішувати питання про неконституційність політичних партій, тлумачити Основний закон ФРН, встановлювати розбіжності між Конституцією та Федеральним законодавством або між Конституцією та внутрішнім законодавством Земель, що має наслідком визнання закону неконституційним, розглядати конституційні скарги громадян, розглядати клопотання про імпичмент Федерального президента Бундестагом або Бундесратом.

Потрібно відзначити, що, окрім питань конституційного значення, ФКСН уповноважений вирішувати таке: приймає рішення стосовно розбіжностей щодо прав та обов'язків Федерації та Земель, вирішує суперечки між Федерацією та Землями, а також між різними Землями, розглядає скарги на рішення Бундестагу щодо дійсності виборів або дійсність мандату в Бундестазі після виборів. Зазвичай такі питання розглядаються верховними (вищими) судами країн у рамках загальної юрисдикції. Хоча варто погодитися, що подібні справи не можуть розглядатися без застосування положень Основного закону.

Схожою на українську за регламентацією порядку призначення суддів до Конституційного Суду та відмінною за їх кількісним складом (легко пояснюється невеликою кількістю населення) є Литва. Відповідно до Закону Литви «Про Конституційний Суд» до складу КСЛ входять дев'ять суддів, строк повноважень яких становить дев'ять років без права на переобрання [6]. При цьому кожні три роки оновлюється третина складу Конституційного Суду. Примітним є те, що якщо повноваження судді Конституційного Суду Литви припиняються достроково, новий суддя призначається на вакантну посаду на термін, що залишився. І якщо цей суддя пропрацював до 6 років, то після закінчення трирічної перерви він може займати ще один термін повноважень судді Конституційного Суду.

Судді КСЛ призначаються в такому порядку: три кандидатури висуває Президент, щодо решти суддів пропозиції вносить Спікер Сейму та Голова Верховного Суду. Тобто, як і в Україні, кандидатури на посади суддів Конституційного Суду формуються трьома гілками влади – судовою, законодавчою та Президентом. Хоча саме ж призначення суддів КСЛ здійснюється виключно Сеймом.

Отже, з вищенаведеного можемо зробити висновок, що КСУ тяжіє до європейської моделі конституційного контролю, а тому за своїми повноваженнями та структурою є схожим на конституційні суди країн Східної Європи, які здебільшого належать до цієї моделі.

Тепер розглянемо американську модель конституційного контролю, яка за своєю сутністю істотно відрізняється від європейської і є «першопрохідцем» у сфері конституційного контролю. Можна виділити такі основні відмінні риси американської моделі: у судовій системі не виокремлюються суди конституційної юрисдикції – функцію конституційного контролю здійснюють суди загальної юрисдикції; відсутність негативної нормотворчості (суд не застосовує, але при цьому не скасовує неконституційну норму, що породжує поняття «мертве законодавство» [7, с. 8–9]); казуальний характер – неконституційність норми встановлюється судом безпосередньо під час розгляду справи, де виникає питання про її застосування, тобто відсутній поточний контроль законодавства на предмет конституційності; правом ініціювання питання про

невідповідність конституції певного нормативного припису наділені лише учасники справи, до яких цей припис може бути застосований.

У науці прийнято поділяти американську модель на два різновиди – централізовану (конституційний контроль здійснюють усі суди країни) і децентралізовану (конституційний контроль здійснюється лише верховними судами) [8, с. 551]. Якщо до першого різновиду належать такі країни, як США, Аргентина, Норвегія та Японія, то до другого – Австралія, Індія, Канада, Мальта.

Очевидно, що головним представником американської моделі є США, що пояснюється розвинутим інститутом судового прецеденту цієї держави. Становлення американської моделі США насамперед має історичне підґрунтя: під час прийняття Конституції США 1787 р. з приводу конституційного контролю почалися дебати між її творцями та правознавцями того часу. Наприклад, А. Гамільтон вважав, що конституційний контроль повинен здійснюватися виключно судами як органами, що застосовують закон [9, с. 523]. Тобто з огляду на верховенство права неконституційний закон не може бути застосований жодним судом. Протилежної точки зору дотримувалися Річард Спейт та Джеймс Медісон, які вважали, що вирішення судами таких питань може призвести до узурпації влади (зіткнення законодавчої та судової влади, де остання матиме більше повноважень).

Цікаво, що така дискусія авторів Конституції закінчилася тим, що повноваження судів здійснювати конституційний контроль так і не були закріплені. Але незважаючи на це, прецедент у справі 1803 року «Марбері проти Медісона», що розглядалася Верховним Судом США, вперше закріпив за судами право тлумачити Конституцію та здійснювати конституційний контроль [10].

Потрібно звернути увагу на те, що хоча американська і європейська моделі є різними за своєю суттю, деякі елементи в них все ж такі схожі: як і в американській, так і у європейській моделях суди загальної юрисдикції здійснюють попередній конституційний контроль. Тобто в країнах, що належать до австрійської (німецької) моделі, загальні суди не вирішують, але можуть ініціювати питання неконституційності певних норм права. Не є винятком і Україна відповідно до Постанови Пленуму Верховного Суду «Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя» у разі невизначеності в питанні про те, чи відповідає Конституції України застосований закон або закон, який підлягає застосуванню у справі, суд за клопотанням учасників процесу або за власною ініціативою зупиняє розгляд справи і звертається з мотивованою ухвалою (постановою) до Верховного Суду України, може порушувати перед Конституційним Судом України питання про відповідність Конституції законів та інших нормативно-правових актів [11]. Таке рішення може прийняти суд будь-якої інстанції на будь-якій стадії розгляду справи. Більше того, Конституція України має вбудований інструмент самозахисту – всі її норми є нормами прямої дії, що уповноважує суди на ігнорування неконституційних положень закону з вирішенням справи на основі норм Конституції.

Ще одною моделлю конституційного контролю є французька, яка є одночасно схожою та протилежною до європейської. Якщо схожість полягає в тому, що у структурі державних органів виділяється спеціальний орган, який уповноважений здійснювати конституційний контроль, то головною різницею є те, що такий орган не є судом (в юридичній літературі часто зустрічається, що його звуть «квазісудом»). У Франції таким органом є Конституційна рада Франції. Згідно з Конституцією Франції, рада складається з дев'яти членів, повноваження яких тривають дев'ять років і не підлягають поновленню. Третина складу конституційної ради оновлюється кожні три роки, а її члени призначаються в такому порядку: три члени – Пре-

зидентом Республіки, три – головою Національних зборів, три – головою Сенату. Також понад дев'ять членів ради до неї входять колишні Президенти Республіки [12].

Конституційна рада має такі повноваження: стежить за правильністю обрання Президента Республіки; виносить рішення про правильність обрання депутатів і сенаторів, якщо воно оскаржується; стежить за правильністю проведення референдуму; розглядає на предмет конституційності органічні закони (закони, прийняття яких передбачене самою Конституцією) та регламенти палат Парламенту до їх промуніципалізації; також можлива перевірка і звичайних законів з ініціативи таких посадовців, як: Президент, Прем'єр-міністр, голови Національних зборів, голова Сенату, 60 депутатів або сенаторів.

З вищевказаного можемо зробити висновок, що порядок призначення та обсяг повноважень Конституційної ради є схожим з конституційними судами, що належать до європейської моделі (КС Німеччини, Литви, Польщі, України). Тому згадування в науковій літературі про Конституційну раду Франції як про квазісудовий орган є виправданим. Але при цьому виділення французької моделі серед моделей конституційного контролю є слушним, адже, окрім того, що Конституційна рада Франції є ізольованою від судової системи Франції, вона є ніби наглядовим органом при парламенті, до якого можуть входити колишні глави держави.

І нарешті, найбільш розгалужена та цікава за своєю правовою природою є швейцарська модель (ще часто згадується як модель ампаро). Швейцарська модель, відповідно, застосовується в Швейцарії та є поширеною в латиноамериканських країнах (Мексика, Перу, Аргентина, Чилі). Згадана модель є нібито поєднанням американської та європейських моделей. Від американської моделі процедура ампаро дістала таку особливість – конституційний контроль здійснюється судами загальної юрисдикції без виокремлення конституційної. Щодо схожості на європейську, то за швейцарською моделлю здійснюється як абстрактний (без прив'язки до судового розгляду справи), так і конкретний (лише в контексті конкретного судового розгляду справи) конституційний контроль.

Сама процедура ампаро має низку таких особливостей: скаргу на порушення конституційних прав певним законом може бути подано будь-якою фізичною або юридичною особою; метою скарги є звільнення особи від неконституційної відповідальності або обов'язку; перевірка на конституційність відбувається шляхом відкритого розгляду, де сторонами є особа, конституційні права якої було порушено, та орган влади, що видав акт, який порушив конституційні права; рішення суду є обов'язковим тільки для конкретних сторін конкретної справи (індивідуальний характер) [13, с. 116–117].

Варто відзначити, що в деяких країнах, які належать до швейцарської моделі, конституційний контроль має дещо обмежений характер. Наприклад, у Швейцарії процедура ампаро може застосовуватися до законодавства кантонів, але не може застосовуватися до федерального законодавства [14, с. 56]. Хоча така обмеженість конституційного контролю щодо федеративного законодавства пом'якшується правом Федерального Суду Швейцарії вибирати найбільш наближений до Конституції варіант тлумачення того чи іншого федерального законодавства (змістове тлумачення).

Ще одним яскравим представником процедури ампаро є Мексика, до речі, саме у цій державі ампаро не тільки знайшла свої витоки, але і набула стрімкого та широкого розвитку. В Мексиці скарга в рамках процедури ампаро розглядається судами всіх інстанцій, але що є примітним: під час такого розгляду дія оскаржуваного акта щодо скажника зупиняється [15, с. 149]. Такий підхід є дещо схожим на український: суд зупиняє провадження та звертається до Верховного Суду, якщо постає питання про конституційність певної норми закону.

Саме в Мексиці інститут ампаро набув найбільш широкого застосування і може розглядатися не тільки як оскарження неконституційних нормативних актів, а і як засіб захисту конституційних прав людини і громадянина в таких формах, як: право на касаційне оскарження рішень нижчестоящих судів та ампаро в контексті розгляду адміністративних справ (оскарження дій чи бездіяльності органів державної влади).

Потрібно відзначити, що таке розширене трактування процедури ампаро є результатом наближеності швейцарської моделі до американської, а саме цілісності судової системи (наявні лише загальні суди без виокремлення судів конституційної юрисдикції), тому і відбувається злиття предметів відання судів: ті здійснюють як конституційний контроль за нормативними актами та захищають конституційні права людини і громадянина, так і адміністративний захист від неправомірних дій державних органів.

У європейській моделі, де виділяється загальна та конституційна юрисдикція, хоч і не можна говорити про наявність інституту ампаро, певні його атрибути все ж таки присутні. Наприклад, Конституцією України передбачена можливість подання до КСУ конституційної скарги особою, яка вважає, що її конституційні права були порушені застосуванням до неї неконституційного закону в судовому порядку, а також право особи оскаржувати дії чи бездіяльність органів державної влади в загальному (адміністративному) порядку.

Висновки. У процесі дослідження форм та методів конституційного контролю в зарубіжних країнах ми з'ясували, що станом на тепер варто виділяти чотири моделі консти-

туційного контролю: європейську, американську, швейцарську та французьку. Головним критерієм такого поділу виступає саме суб'єкт здійснення конституційного контролю: у європейській моделі – конституційні суди, в американській та швейцарській – суди загальної юрисдикції, у французькій – Конституційна рада. І залежно від свого державного устрою та історичного розвитку держава стає представником однієї із вищезгаданих моделей, при цьому адаптує її до внутрішніх соціальних та законодавчих реалій. Тому доцільно визнати існування так званих «змішаних» моделей, в яких конституційний контроль здійснюється за однією моделлю, але при цьому запозичуються елементи від інших моделей.

Україна, як і більшість країн Східної Європи, належить до європейської (австрійської/німецької) моделі, яка є найбільш підходящою до національної судової системи. При цьому відділення судів конституційної юрисдикції від судів загальної юрисдикції не може розцінюватися як порушення єдності судової системи, більш того, такий підхід забезпечує більшу оперативність та компетентність розгляду справ. Також потрібно відзначити, що хоч органи конституційного контролю часто формуються за участю законодавчої гілки влади, конституційні гарантії забезпечують цим органам незалежність у подальшій діяльності.

Наостанок можемо зазначити, що недоцільно виділяти найбільш ефективну модель конституційного контролю, адже правові засоби є ефективними лише за умов їх відповідності державному устрою та соціально-політичній ситуації конкретної держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Конституційного Суду України від 27.10.2020 № 13-р/2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text>.
2. Буханевич О.М., Івановська А.М. Конституційний контроль як вид державного контролю: змістовно-функціональна характеристика. *Публічне право*. 2019. № 4 (36). С. 9–18. URL: <https://www.publichne-pravo.com.ua/files/36/pdf/pp-2019-36-01.pdf>.
3. Про Конституційний Суд України : Закон України від 13.07.2017. № 2136-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/2136-19>.
4. Бичков І.Г. Кельзенівська модель конституційної юрисдикції як теоретична основа європейської системи конституційного правосуддя. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 131–136. URL: https://chasprava.com.ua/ind_ex.php/journal/article/download/271/256.
5. Federal Constitutional Court Act in the version of 11 August 1993. URL: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Downloads/EN/Gesetze/BVerfGG.pdf?__blob=publicationFilev5.
6. The Law on the Constitutional Court of the Republic of Lithuania from 3 February 1993. URL: <https://www.lrkt.lt/en/about-the-court/legal-information/the-law-on-the-constitutional-court/193>.
7. Черняк Є.В. Конституційна юстиція Сполучених Штатів Америки : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к.ю.н. : 12.00.02. Київ. нац. ун-т ім. Т. Шевченка. 2005. 20 с.
8. Пілюк С.В. Сучасні моделі конституційного контролю. *Форум права*. 2012. № 3. С. 550–557. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2012_3_96.pdf.
9. Гамільтон А. Федералист / пер. с англ. Н.Н. Яковлева. Издательская группа «Прогресс» – «Литера». Москва, 1994. 592 с.
10. Дело Марбери против Мэдисона (Marbury v. Madyson). История США: материалы к курсу: *вебсайт*. URL: <https://ushistory.ru/popularnaja-literatura/994-delo-marberi-protiv-medisona-marbury-v-madyson>.
11. Про застосування Конституції України при здійсненні правосуддя : ППВСУ № 9 від 01.11.96. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/v0009700-96>.
12. French Constitution of 4 October 1958. URL: https://www.refworld.org/docid/3a_e6b594b.html.
13. Клишас А.А. Процедура косвенного ампаро как вид специализированного судопроизводства (мексиканская модель конституционного контроля). *Вестник Санкт-Петербургского университета МВД России*. 2006. № 4. С. 114–117. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/protsedura-kosvennogo-amparo-kak-vid-spetsializirovannogo-sudoproizvodstva-meksikanskaya-model-konstitutsionnogo-kontrolya>.
14. Лотюк О.С. Конституційний контроль у зарубіжних країнах. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2008. № 5. С. 55–58. URL: http://www.ndiiv.org.ua/Files2/2008_5/8.PDF.
15. Шевчук І.М. Процедура ампаро як форма конституційного контролю в Мексиці. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету*. 2015. № 17. Том 2. С. 148–150. URL: https://evnuir.vnu.edu.ua/bitstream/123456789/13809/3/Nvmgu_jur_2015_17%282%29_40.pdf.

РОЗДІЛ 3

ЦИВІЛЬНЕ ПРАВО І ЦИВІЛЬНИЙ ПРОЦЕС; СІМЕЙНЕ ПРАВО; МІЖНАРОДНЕ ПРИВАТНЕ ПРАВО

УДК 347.426.6. (477)

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/41>

СТЯГНЕННЯ НЕУСТОЙКИ ЗА ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ, ЩО ВИПЛИВАЮТЬ ІЗ МІКРОПОЗИКИ

COLLECTION OF PENALTIES UNDER THE OBLIGATIONS ARISING FROM THE MICROLOAN

Арсенко С.В., студент III курсу
господарсько-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ісась А.М., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена такому виду забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка. Наразі існує досить багато судової практики та наукових робіт на цю тему, що викликає труднощі з пошуком та розмежуванням інформації. Немало проблем виникає під час практичного застосування неустойки, особливо у кредитних відносинах – мікропозиках, бо досить часто кредитори (свідомо або ж не розуміючи) зловживають своїм правом на стягнення неустойки, чим ставлять боржника у край невідгідне становище та фактичну неможливість сплатити заявлені до останнього суми.

Із проблемою браку коштів може зіштовхнутися кожна людина. Причини бувають різні: скорочення на роботі, затримка зарплати, непередбачені витрати, хвороба близької людини. Враховуючи скрутне соціально-економічне становище, досить часто наші громадяни приймають необдумане рішення взяти мікропозикку, не розуміючи умов, на яких вона їм дається, і того, які наслідки можуть наставати в разі несвоєчасного повернення або неповернення взагалі. Окрім цього, мікрофінансові організації досить рідко відмовляють своїм позичальникам. До того ж сама процедура отримання мікропозики дуже проста, адже треба лише пред'явити паспорт та індивідуальний податковий номер (щодо останнього, то МФО вже не завжди вимагають ІПН, а може вистачити лише паспорта). Користуючись правовою неосвіченістю населення, кредитори маніпулюють цією темою та досить часто самі неналежним чином дотримуються законодавства.

З огляду на цю проблему, виникає безліч судових спорів і, відповідно, судових рішень, що є досить різними (залежно від виду правового спору). У цій статті розглядається історія та правова природа неустойки, аналізується найактуальніша судова практика щодо її застосування. Неустойка розглядається як вид цивільно-правової відповідальності та можливість і неможливість одночасного стягнення штрафу та пені.

Ключові слова: неустойка, цивільно-правова відповідальність, кредитні відносини, мікропозика, судова практика.

This article deals with this type of enforcement as a penalty. Currently, there is quite a lot of case law and scientific work on this topic, which in turn causes difficulties in finding and distinguishing information. Many problems arise during the practical application of the penalty, and especially in credit relations – microloans, because often creditors knowingly or unknowingly abuse their right to collect a penalty, which puts the debtor at a great disadvantage and the actual inability to pay the amounts claimed to the last.

Everyone can face the problem of lack of funds. The reasons are different: reductions at work, salary delays, unforeseen expenses, illness of a loved one. Given the difficult socio-economic situation, quite often our citizens make ill-considered decisions to take a microloan, taking such a microloan, people often do not understand the conditions under which it is given to them, and what consequences may occur in case of late return or no return at all. In addition, microfinance institutions rarely refuse their borrowers. In addition, the procedure for obtaining a microloan is very simple, you only need to present a passport and an individual tax number (for the latter, the TIN itself is not always required by MFIs, only passports can suffice). Taking advantage of the legal ignorance of the population, creditors manipulate this topic and quite often improperly apply the law themselves.

There are many litigations related to this problem, which results in many court decisions, which are quite different, depending on the type of legal dispute. This article examines the history and legal nature of the penalty, examines the most relevant case law on its application. Also in this article, the penalty is considered as a type of civil liability and the possibility and impossibility of simultaneous collection of fines and penalties.

Key words: penalty, civil liability, credit relations, microloan, court practice.

Постановка проблеми. Неустойка є одним з ефективних засобів забезпечення виконання зобов'язання, запорукою належного виконання зобов'язання, але досить часто на практиці виникають проблеми з її стягненням. Люди дуже часто не розуміють її правову природу. Суспільство не є обізнаним у питаннях неустойки через правову неосвіченість, правовий нігілізм мікрофінансових організацій та банківських установ, різну судову практику.

Такий вид забезпечення виконання зобов'язання, як неустойка, був відомий ще за часів Римської імперії. Спираючись на працю цивілістів О.А. Підпригори та Є.О. Харитонову, зауважимо, що вона визначалась так: *Stipulatio poena* (штраф, або неустойка) – визначена в договорі грошова сума, яку боржник мусив виплатити кредиторі в разі невиконання або неналежного вико-

нання зобов'язання. У разі невиконання зобов'язання кредитор мав право вимагати або виконання зобов'язання, або виплати штрафу (неустойки). Витребування виконання зобов'язання і сплати штрафу допускалось лише як виняток (так звана «кумулятивна неустойка») [1, с. 371]. Як стверджують у своїй роботі Л.М. Баранова та В.І. Борисова, у Давньому Римі неустойка не набула поширення, тому що кредитор не міг бути впевненим у сплаті неустойки боржником, що був неспроможним здійснити основний платіж. Неустойкою здебільшого забезпечувалося виконання зобов'язання, яке не мало позовного захисту, зокрема натурального зобов'язання (*naturales*) [2, с. 136].

Зважаючи на вищесказане, можна дійти висновку про те, що в римському праві неустойка відіграла більш компенсаційну роль, ніж превентивний засіб, оскільки метою

є покарання, що досить характерно для санкції, тобто притягнення до відповідальності.

В українському законодавстві неустойка відіграє дуже важливу роль, вона сприймається і як засіб забезпечення виконання зобов'язання, і як вид цивільно-правової відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Неустойка поділяється на такі види: штрафна (дозволяє кредиторів стягнути як саму неустойку, так і збитки в повному обсязі); залікова (дозволяє кредиторів, окрім сплати неустойки, вимагати ще й відшкодування збитків, але в частині, що не покрита неустойкою); виключна (позбавляє кредитора права на відшкодування збитків); альтернативна (передбачає право кредитора стягнути або неустойку, або збитки (на свій вибір)).

Згідно з частиною 1 статті 549 Цивільного кодексу України неустойкою (штрафом, пенею) є грошова сума або інше майно, які боржник повинен передати кредиторів у разі порушення боржником зобов'язання [3].

Отже, вітчизняне законодавство поділяє неустойку на такі два різновиди, як штраф та пеня.

Відповідно до частини 2 статті 549 Цивільного кодексу України штрафом є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми невиконаного або не зовсім належно виконаного зобов'язання [3].

Третя частина цієї ж статті надає визначення пені: пенею є неустойка, що обчислюється у відсотках від суми несвоєчасно виконаного грошового зобов'язання за кожен день прострочення виконання [3].

У господарських відносинах (відповідно до ст. 230 Господарського кодексу України) це називається штрафними санкціями. Під останніми у цьому Кодексі розуміють господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі порушення ним правил здійснення господарської діяльності, невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання [4].

З огляду на це, виникає питання щодо можливості стягнення штрафу та пені одночасно та того, чи не буде це порушенням 61 статті Конституції України: «Ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення» [5]. Особливо гостро це виявляється у кредитних відносинах.

Відповідь на це питання дає аналіз судової практики. Практика судів щодо цього в межах цивільних правовідносин є досить сталою, оскільки у цивільних судових спорах суди доходять майже однозначного висновку про неможливість одночасного застосування і пені, і штрафу за невиконання або несвоєчасне виконання одного і того ж зобов'язання.

Так, у постанові Верховного Суду від 21 жовтня 2015 року в справі № 6-2003цс15 суд зазначив, що штраф і пеня є одним видом цивільно-правової відповідальності, тому їх одночасне застосування за одне й те ж порушення (порядку й строків погашення кредиту) суперечить частині першій статті 61 Конституції України [6]. Однак на цю справу посилається у своїй постанові Верховний суд у справі № 296/9078/15-ц від 06 лютого 2019 року, а саме: постанова Верховного Суду України від 21 жовтня 2015 року в справі № 6-2003цс15 містить правовий висновок про те, що (відповідно до статті 549 ЦК України) штраф і пеня є одним видом цивільно-правової відповідальності, а тому їх одночасне застосування за одне й те саме порушення строків виконання грошових зобов'язань за кредитним договором свідчить про недотримання положень, закріплених у статті 61 Конституції України щодо заборони подвійної цивільно-правової відповідальності за одне і те саме порушення [7]. Грунтуючись на цій позиції, суд відмовив позивачеві у частині позову, де він вимагав стягнення штрафу одночасно з пенею з відповідача.

Обидва суди акцентують на тому, що штраф та пеня – це один і той самий вид цивільно-правової відповідаль-

ності, а тому одночасне стягнення пені та штрафу є порушенням статті 61 Конституції України.

До того ж у Законі України «Про споживче кредитування» у частині 4 статті 21 зазначається, що застосування штрафу та пені за одне й те саме порушення споживачем зобов'язання за договором про споживчий кредит заборонене [8].

Практика у господарських спорах відрізняється від вищеописаної. Суди доходять висновку про те, що одночасне стягнення пені та штрафу допускається та не є порушенням статті 61 Конституції України.

Так, у постанові Верховного Суду від 02.04.2019 у справі № 917/194/18 суд зазначив, що одночасне стягнення з учасника господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання за договором, штрафу та пені, не суперечить статті 61 Конституції України, оскільки згідно зі статтею 549 ЦК України пеня та штраф є формами неустойки, а відповідно до статті 230 ГК України – видами штрафних санкцій, тобто не є окремими та самостійними видами юридичної відповідальності. У межах одного виду відповідальності може застосовуватися різний набір санкцій (наведена правова позиція викладена у постановках Верховного Суду від 09.02.2018 у справі № 911/2813/17, від 22.03.2018 у справі № 911/1351/17, від 25.05.2018 у справі № 922/1720/17) [9].

Аналогічний висновок міститься у постанові Верховного Суду від 19.09.2019 р. у справі № 904/5770/18, де суд зазначає, що такий вид забезпечення виконання зобов'язання, як пеня, та її розмір встановлено частиною 3 статті 549 ЦК України, частиною 6 статті 231 ГК України та статтями 1, 3 Закону України «Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань», а право на встановлення у договорі розміру та порядку нарахування штрафу надано сторонам частиною 4 статті 231 ГК України. Можливість одночасного стягнення пені та штрафу за порушення окремих видів господарських зобов'язань передбачено частиною 2 статті 231 ГК України. При цьому в інших випадках порушення виконання господарських зобов'язань чинне законодавство не встановлює для учасників господарських відносин обмежень щодо передбачення в договорі можливості одночасного стягнення пені та штрафу, що узгоджується зі свободою договору, встановленою статтею 627 ЦК України, тобто коли сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог цього Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

За таких обставин касаційний суд вважає, що одночасне стягнення з учасника господарських відносин, який порушив господарське зобов'язання за договором, штрафу та пені не суперечить статті 61 Конституції України, оскільки згідно зі статтею 549 ЦК України пеня та штраф є формами неустойки, а відповідно до статті 230 ГК України – видами штрафних санкцій, тобто не є окремими та самостійними видами юридичної відповідальності. У межах одного виду відповідальності може застосовуватися різний набір санкцій [10].

Тобто у цій ситуації суд вважає, що штраф та пеня є формами неустойки і не є окремими видами юридичної відповідальності, тому порушення статті 61 Конституції України не вбачається.

Порушуючи проблему стягнення неустойки з боржника за мікропозиками, варто зауважити, що досить часто кредитор зловживає своїм правом на стягнення пені та вимагає з боржника надто велику суму відшкодування.

По-перше, треба зазначити, що розмір пені не може перевищувати подвійної облікової ставки Національного банку України, що діяла у період, за який сплачується пеня, та не може бути більше 15 відсотків від суми простроченого платежу [8].

По-друге, відповідно до Постанови Верховного суду від 28 березня 2018 року в справі № 444/9519/12 зазначено, що право кредитодавця нарахувати передбачені

договором проценти за кредитом припиняється після спливу визначеного договором строку кредитування чи у разі пред'явлення до позичальника вимоги згідно з частиною другою статті 1050 ЦК України [11]. Це означає, що кредитор позбавляється права на подальше нарахування пені до самого погашення боргу після спливу строку кредитування або у разі пред'явлення до боржника вимоги дострокового повернення частини позики, що залишилася, та сплати процентів, що належать кредиторам.

По-третє, треба завжди враховувати аспект позовної давності, адже загальна позовна давність (як-от до вимог про стягнення заборгованості за кредитом і процентів) установлюється тривалістю у три роки (стаття 257 ЦК України), а спеціальна позовна давність до вимог про стягнення неустойки (штрафу, пені) – тривалістю в один рік (пункт 1 частини другої статті 258 ЦК України). Суд у своїй постанові дійшов висновку про те, що не може бути стяг-

нута неустойка, нарахована на суму заборгованості за вимогами, щодо яких позовна давність була пропущена.

Висновки. Отже, неустойка є ефективним засобом забезпечення виконання зобов'язання. Спираючись на вищенаведене законодавство та судову практику, можна сказати, що у кредитних відносинах не можна одночасно стягувати з боржника пеню та штраф, оскільки суд розглядає штраф та пеню як один і той самий вид цивільно-правової відповідальності, тому одночасне стягнення пені та штрафу є порушенням статті 61 Конституції України. Натомість у господарських відносинах суд не вбачає порушення статті 61 Конституції України, оскільки розглядає штраф та пеню як форми неустойки, а не окремий вид цивільно-правової відповідальності. До того ж слід ураховувати порядок обчислення строку позовної давності, аби знати, з якого моменту кредитор не може нараховувати пеню та стягувати її з вас.

ЛІТЕРАТУРА

1. Підпригора О.А., Харитонов Є.О.. Римське право: підруч. 2-ге вид. Київ : Юрінком Інтер, 2009. 370 с.
2. Основи римського приватного права: Підручник / В.І. Борисова, Л.М. Баранова, М.В. Домашенко та ін.; За заг. ред. В.І. Борисової та Л.М. Баранової. Харків : Право, 2008.
3. Цивільний кодекс України / Документ 435-IV, чинний, поточна редакція. Редакція від 01.01.2021, підстава – 942-IX.
4. Господарський кодекс України / Документ 436-IV, чинний, поточна редакція. Редакція від 27.02.2021, підстава - 1183-IX.
5. Конституція України / Документ 254к/96-ВР, чинний, поточна редакція. Редакція від 01.01.2020, підстава – 27-IX.
6. Постанова Верховного Суду України від 21 жовтня 2015 року у справі № 6-2003цс15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53118512>
7. Постанова Верховного Суду від 6 лютого 2019 року у справі №296/9070/15-ц.
8. Про споживче кредитування / Документ 1734-VIII, чинний, поточна редакція. Редакція від 08.01.2021, підстава – 891-IX.
9. Постанова Верховного Суду від 2 квітня 2019 року у справі №917/194/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80923003>
10. Постанова Верховного Суду від 19 вересня 2019 року у справі №904/5770/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84420888>
11. Постанова Верховного Суду від 28 березня 2018 року у справі № 444/9519/12. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74838904>

ПОРІВНЯЛЬНА ХАРАКТЕРИСТИКА СПАДКУВАННЯ ЗА ЗАПОВІТОМ ТА ЗА ЗАКОНОМ

COMPARATIVE CHARACTERISTICS OF INHERITANCE BY WILL AND BY LAW

Баранова Л.О., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Товстик А.О., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

На сучасному етапі розвитку людства спадкові правовідносини посідають значне місце в житті людини. Вони серед інших цивільних є чи не найбільш поширеними, адже кожен індивід рано чи пізно стає їх учасником. Так, спадкування існує двох видів: за законом та за заповітом. Проте не кожна особа може чітко визначити для себе відмінності між видами спадкування та обрати той, що буде кращим для неї. Державна служба статистики підтверджує, що українці віддають перевагу спадкуванню за законом, проте з кожним роком набирає своєї поширеності складення фізичною особою заповіту.

Так, стаття присвячена відображенню відмінностей між спадкуванням за законом та спадкуванням, що ґрунтується на засадах заповіту. Кожен член суспільства хоче, щоб після його смерті все надбане ним майно (як рухоме, так і нерухоме) перейшло до близьких йому людей. Цивільний кодекс України врегулює це питання і дає можливість особі визначити долю свого майна у разі смерті, указавши особливості його розподілу в заповіті. Проте спадкове право забезпечує захист прав та інтересів усіх членів сім'ї померлого шляхом закріплення у законі порядку набуття та розподілу часток у спадщині.

Дослідження також висвітлює історичні віхи видів спадкового права, їх виникнення на теренах України.

Найбільшою відмінністю спадкування за законом та спадкування, що ґрунтується на засадах заповіту, є саме коло осіб. Законом передбачається тісне коло фізичних осіб, які можуть отримати спадщину за законом у порядку черги, проте у заповіті спадкоємцем може бути як фізична, так і юридична особа, а також суб'єкти публічного права, що визначається самим спадкодавцем. Іншими відмінностями є: історичний час виникнення, юридична підстава здійснення спадкування, розмір частки тощо.

Ключові слова: спадкове право, власність, спадкування за законом, спадкування за заповітом, спадщина.

At the present stage of human development inheritance legal relations occupy a significant place in human life. Such legal relations among other civil ones are almost the most common, because every individual sooner or later becomes a party to them. In particular, there are two types of inheritance: by law and by will. However, not every person can clearly distinguish for herself the differences between the types of inheritance and choose the one that will be best for her. The State Statistics Service confirms that Ukrainians prefer to inherit according to the law, but every year it becomes more and more common for an individual to make a will.

Thus, the article is devoted to reflecting the differences between inheritance according to the law and inheritance based on the principles of the will. Every member of society wishes that after his/her death all the property acquired by him/her, both movable and immovable, would go to the people close to him/her. Civil Code of Ukraine regulates this issue and allows a person to determine the fate of his property in case of death, specifying the peculiarities of its distribution in the will. However, inheritance law protects the rights and interests of all members of the family of the deceased, by enshrining in the law the order of acquisition and distribution of shares in the inheritance.

The study also highlights the historical milestones of types of inheritance law and their emergence on the territory of Ukraine.

The biggest difference between inheritance according to the law and inheritance based on the principles of the will exists precisely in the circle of persons. The law provides a close circle of individuals who may receive an inheritance under the law in the order of his turn, but in the testament heir can be both natural and legal persons, as well as subjects of public law, determined by the testator himself. Other differences are: historical time of occurrence, legal basis for inheritance, the size of the share, and so on.

Key words: inheritancelaw, property, inheritancebylaw, inheritancebywill, inheritance.

Виникнення і розвиток спадкових правовідносин не можна уявити без такого поняття, як «спадщина». Спадщина – це те, що спадає з плечей людини; те, що вона залишила на землі після свого відходу [1, с. 49]. У науковій літературі правильно зазначено, що за відсутності спадщини спадкування не відбувається [2, с. 19]. Поняття «спадщина» охоплює права та обов'язки померлої фізичної особи, які переходять до її спадкоємців як єдине ціле. У теорії спадкового права спадщина уявляється приблизно однаково: як комплекс прав і обов'язків [3, с. 17], певна частина цивільних прав і обов'язків або ж їх сукупність. Безумовно, спадщина є базовою категорією спадкового права, однак ні Цивільний кодекс України (далі – ЦК України), ні інші акти цивільного законодавства не визначають відповідного доктринального положення. Але при цьому ЦК України містить норми, в яких зазначається склад спадщини (ст. 1218 ЦК України), до якого входять усі права та обов'язки, що належали спадкодавцеві на момент відкриття спадщини.

Метою статті є відображення відмінностей спадкування за законом та спадкування, що ґрунтується на засадах заповіту.

У науці дослідженням спадкових правовідносин займалися такі вчені: Л. Брукатський, О. Грін, Ю. Заїка, Є. Орач, З. Ромовська, Б. Тишик, О. Печений та інші.

Статтями 1216 та 1217 ЦК України визначається спадкування як перехід прав та обов'язків (спадщини) від фізичної особи, яка померла (спадкодавця), до інших осіб (спадкоємців). Спадкування майна здійснюється: 1) за законом; 2) за заповітом [4].

Нині спадкування за законом трапляється частіше, ніж спадкування, що ґрунтується на підставі заповіту. За даними Державної служби статистики, у 2017 році померли 574 тисячі людей, а заповітів було складено 146 856. Виходить, що майже кожен 4-й українець складає заповіт. А в 2018 році було складено 145 380 заповітів.

Звертаючись до історії виникнення видів спадкування, можемо вказати на першу відмінність. Так, спадкування за законом та спадкування за заповітом розмежовані в часі виникнення. Як засвідчують історичні віхи римського приватного права, спадкування за законом з'явилося раніше, ніж за заповітом [5, с. 219]. Це пояснюється тим, що відповідно до приписів стародавнього права особа спадкодавця визначалася устроєм сім'ї та роду. Стано-

вище її членів не могло змінюватися приватною волею індивіда, тому не підлягали будь-яким змінам встановлені змістом зазначеного устрою основоположні засади спадкування. Із розвитком суспільних відносин потреба людини в розпорядженні власним майном у разі настання своєї смерті істотно зростала. Таким чином, чинне законодавство світових держав поступово розпочало включати заповіт до основних підстав здійснення спадкування, що стало можливим завдяки визнанню права приватної власності [6, с. 37].

За часів існування СРСР провідну роль у прийнятті спадщини відіграло саме спадкування, що втілювалося на підставі приписів закону, а не положень заповіту. Це пояснювалося тим, що дійсна на той час у нашій державі адміністративно-командна система управління, не визнаючи права приватної власності, всіма можливими засобами активно перешкоджала нормальному функціонуванню останнього [7, с. 27–28].

В умовах сьогодення створення особистого розпорядження в разі смерті набуває свого розповсюдження. Тобто все більше українців надають перевагу спадкуванню за заповітом. Однак спадкування за законом залишається найбільш поширеним видом.

Проаналізувавши зміст статті 1222 та ч. 2 статті 2 ЦК України, можна зробити висновок, що за тестаментоздатним спадкодавцем закріплюється право заповісти власну спадщину учасникам цивільно-правових відносин, до яких належать: фізичні особи, юридичні особи, держава Україна, Автономна Республіка Крим, територіальні громади, іноземні держави та інші суб'єкти публічного права.

Оскільки спадкування за заповітом дає можливість заповісти майно юридичним особам, необхідно зазначити, що достатня кількість учених доходять висновку, що поняття «інші суб'єкти публічного права» є досить завуальованим і не має чіткого пояснення. Я.В. Ковальчук стверджує, що під вищезазначеними учасниками цивільно-правових відносин необхідно розуміти: міжнародні організації (як-от ООН, МАГАТЕ), об'єднання вітчизняних юридичних осіб (асоціації, промислово-фінансові групи, спілки), іноземні юридичні особи та їх об'єднання (фірми, консорціуми, концерни, холдинги), а також велику кількість інших суб'єктів, коло, функції та засади діяльності яких зуміли отримати офіційне закріплення у приписах відповідних законів та підзаконних нормативно-правових актів, що утворюють систему вітчизняного і/або зарубіжного цивільного законодавства [8, с. 199].

Під час спадкування за законом майно переходить до зазначених у законі спадкоємців, а саме фізичних осіб, відповідно до встановленої черговості, тобто до визначеного кола осіб.

Як бачимо, між зазначеними учасниками цивільно-правових відносин наявне певне співвідношення, що полягає у тому, що будь-який спадкоємець за законом може стати спадкоємцем за заповітом, проте не кожен спадкоємець за заповітом може стати спадкоємцем за законом.

Відповідно до чинного законодавства право на складання заповіту має фізична особа з повною цивільною дієздатністю, але заповіт все одно продовжує діяти, навіть якщо після складання заповіту особу визнано недієздатною. Проте під час відкриття спадщини за законом питання щодо дієздатності особи спадкодавця не має значення.

Також варто зазначити, що коло спадкоємців за заповітом устанавлюється тестаментоздатним спадкодавцем, а за законом – безпосередньо приписами ЦК України.

Підстави здійснення спадкування за заповітом істотно відрізняються від загальних правил здійснення спадкування за законом. Так, перше ґрунтується на особистому розпорядженні фізичної особи в разі своєї смерті, а друге – на настанні юридичних фактів, наприклад: якщо фізична особа не залишила заповіту; якщо заповіт виявився недей-

сним; спадкоємці за заповітом не прийняли спадщину; якщо фізична особа розпорядилася лише частиною свого майна тощо.

Маємо також наголосити на відмінності спадкування за законом та за заповітом у питанні розміру спадкової частки. Згідно з частиною 1 статті 1267 ЦК України частки у спадщині кожного зі спадкоємців за законом є рівними. Варто зазначити, що існують винятки, а саме: 1) спадкоємці за усною угодою між собою, якщо це стосується рухомого майна, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них; 2) спадкоємці за письмовою угодою між собою, посвідченою нотаріусом, можуть змінити розмір частки у спадщині когось із них, якщо це стосується нерухомого майна або транспортних засобів. Якщо говорити про спадкування за заповітом, то наявна інша ситуація. Так, розмір часток кожного з обраних спадкоємців визначається заповідачем, але не варто забувати про права на обов'язкову частку в спадщині, що мають певні суб'єкти цивільно-правових відносин, а саме: малолітні, неповнолітні, повнолітні непрацездатні діти спадкодавця, непрацездатна вдова (вдівець) та непрацездатні батьки. Ці особи спадкують половину частки, яка належала б кожному з них у разі спадкування за законом, незважаючи на зміст заповіту. Розмір обов'язкової частки може зменшити лише суд з урахуванням відносин, що склалися між спадкоємцями та спадкодавцем, а також інших обставин, що мають істотне значення.

Спадкування за законом має й інші особливості, відмінні від спадкування за заповітом. Так, існує різниця обсягу прав осіб, які є спадкоємцями.

На відміну від спадкування за заповітом у процесі спадкування за законом черговість спадкування може бути змінена, а саме: а) за взаємною згодою (договором) спадкоємців; б) за рішенням суду.

Договір, що укладають спадкоємці між собою, має бути нотаріально посвідчений та не може порушувати прав тих спадкоємців, які не беруть у ньому участі, а також тих спадкоємців, які мають право на обов'язкову частку.

Проте черговість також може бути змінена за рішенням суду. За позовом особи, яка є спадкоємцем наступної черги, суд може визнати за нею право на спадкування разом зі спадкоємцями тієї черги, яка має право на спадкування, якщо судом буде встановлено, що ця особа надавала матеріальну допомогу, опікувалася та надавала іншу допомогу спадкодавцеві, який був у безпорадному стані через похилий вік, тяжку хворобу або каліцтво [9, с. 780].

Варто зазначити щодо спадкування за правом представлення, яке можна вважати особливим порядком закликання до спадкування спадкоємців за законом (та деяких інших осіб), коли одна особа у разі смерті іншої, яка є спадкоємцем за законом, до відкриття спадщини нібито заступає її місце і набуває права спадкування тієї частки у спадковому майні, яку отримав би померлий спадкоємець, якби він був живий на момент відкриття спадщини. Науковці визначають, що застосування спадкування за правом представлення можливе лише у разі спадкування за законом [10, с. 109].

Основні засади спадкування за правом представлення виглядають так: онуки (правнуки) спадкодавця спадкують ту частку спадщини, яка б належала за законом їхнім матері, батьку (бабі, діду), якби на момент відкриття спадщини вони були б живими; прабаба, прадід спадкують ту частку спадщини, яка б за законом належала їхнім дітям (тобто, бабі, діду спадкодавця), якби вони були живими на момент відкриття спадщини [9, с. 588].

Отже, можемо зробити висновок, що істотними ризиками, що породжують відмінності між спадкуванням за законом та спадкуванням за заповітом є:

– історичний час виникнення, адже спадкування за заповітом виникло трохи пізніше, ніж спадкування за законом;

- щодо кола спадкоємців, то заповіт передбачає значно більшу кількість потенційних спадкоємців;
- під час складання заповіту фізична особа має бути дієздатною, проте під час спадкування за законом не має значення дієздатність особи спадкодавця;
- момент виникнення спадкування за законом настає лише в тих випадках, коли воно не змінене позиціями заповіту;
- юридичною підставою здійснення спадкування на засадах заповіту є розпорядження спадкодавця, тоді як

- положення спадкування за законом визначають безпосередні приписи ЦК України;
- при спадкуванні за законом розмір спадкової частки кожного спадкоємця є рівним, що визначається законом, проте під час спадкування за заповітом такий розмір визначається самим спадкодавцем;
- на відміну від спадкування за заповітом спадкування за законом має свої особливості, пов'язані з обсягом прав осіб, які є спадкоємцями.

ЛІТЕРАТУРА

1. Ромовська З.В. Українське цивільне право. Спадкове право : підруч. Київ : Алерта ; КНТ ; ЦУЛ, 2009. 264 с.
2. Гражданское право : учеб. : в 3 т / под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. Москва : Проспект, 2004. Т. 3. 784 с.
3. Цивільний кодекс України: науково-практичний коментар. Т. 12: Спадкове право / за ред. проф. І.В. Спасибо-Фатєєвої. Харків : Страйд, 2009. 554 с.
4. Цивільний Кодекс України від 06 січня 2003 р. № 435-IV/ *Верховна Рада України*. URL:<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення 14.04.2021).
5. Орач Є.М., Тишик Б.Й. Основи римського приватного права: Навчальний посібник. Львів : Ред.-вид. відділ Львів. ун-ту, 2000. 238 с.
6. Янушевич Е.А. Понятие и содержание завещания. *Вестник Удмурдского университета*. 2006. № 6. С. 37.
7. Брукатський Л.К. Спадкове право України : навч. посіб. для студ. вищ. навч. закл. Вид. Дім «Ін Юре». 2008. С. 27–28.
8. Ковальчук Я.В. Основні аспекти відмінності між спадкуванням за законом та спадкуванням за заповітом. *Часопис Київського університету права*. 2010. № 4. С. 198–201.
9. Харитонов Є.О., Харитонova О.І., Старцев О.В. Цивільне право України / вид. 3-тє, переробл. і допов. 2011. 808 с.
10. Печений О. До питання про спадкування за правом представлення. 2012. *Проблеми цивільного права і процесу. Вісник* № 1 [68]. С. 108–117.

КОРПОРАТИВНИЙ ДОГОВІР ЯК МЕХАНІЗМ ЗАХИСТУ ІНТЕРЕСІВ УЧАСНИКІВ ТОВАРИСТВ

SHAREHOLDER AGREEMENTS AS A MECHANISM TO PROTECT THE INTERESTS OF MEMBERS OF COMPANIES

Бежевець А.М., старший викладач кафедри інформаційного права
та права інтелектуальної власності

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Монаршук А.О., студентка II курсу
факультету соціології і права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Ця стаття присвячена корпоративному договору. У ній розкривається поняття такого виду договору, його відмінність від інших договорів та установчих документів, предмет, умови та коло питань, які ним регулюються. Починається стаття з опису юридичної природи договору та його ролі в товариствах, наводиться історична довідка щодо розвитку корпоративного договору як правового інституту. Основна ідея статті полягає в тому, що угода насамперед покликана розмежувати інтереси учасників товариств, захистити їх від зовнішніх загроз та установити єдину внутрішню систему взаємодії для мінімізації ризиків для її учасників. Одне із завдань статті – показати важливість такого договору, наскільки він може вберегти учасників від зовнішніх та внутрішніх загроз. Адже такий договір дозволяє запобігти проявам недобросовісних дій між учасниками. У статті більш детально досліджено процедуру передачі акцій – це пріоритетне право на придбання акцій, обов'язковий викуп акцій, обов'язковий продаж акцій, опціон продавця та опціон покупця, а також способи виходу із тупикових ситуацій – «Російська рулетка», «Техаська перестрілка», «Голландський аукціон», «Розділяй та вибирай». У статті проаналізовано сучасний стан нормативно-правового забезпечення у цій сфері; здійснено порівняльний аналіз українського та англо-американського законодавства в аспекті, що стосується побудови інституту корпоративного договору. Акцент робиться на тому, що учасники вільні у виборі умов для себе, так розкривається диспозитивність такого договору. Звичайно, такі умови повинні бути законними, тобто не мають суперечити вимогам законодавства. Корпоративний договір є порівняно новим у вітчизняному праві, тому у статті надано рекомендації щодо вдосконалення змісту корпоративного договору, зокрема через введення відповідних положень у нормативні акти. Основною метою таких дій є захист прав та інтересів учасників товариств та розвиток підприємницької діяльності в Україні.

Ключові слова: корпоративний договір, частки, міноритарій, мажоритарій, захист інтересів, угода між засновниками.

This article is devoted to the corporate agreement. The article first of all reveals the concept of this type of contract, its difference from other contracts and constituent documents, indicates the main subject, conditions and range of issues that are regulated. The introduction began with a description of the legal nature of the contract and their role in Companies. The main idea of the article is that the agreement is primarily designed to differentiate the interests of members of the company, protect them from external threats and arrange a single internal order to minimize risks to participants. Also the purpose of the article is to show the importance of such kinds of contracts, how they can affect the security of the company, both internal and external. It can help in future to save the company on the national or international market. Such an agreement prevents any fraud directly on the part of the participants. The results of the research show the procedure for transferring shares is described in more detail: right of first refusal, tag along, drag along, put option, call option, as well as ways out of deadlocks: "Russian roulette", "Texas shootout", "Dutch auction", "Divide and rob". The article also compares the Ukrainian and Anglo-American legislation in terms of building the institution of a corporate agreement. The main accent is made on the principle of free choosing the conditions of the agreement between sides. But the state must settle the main rules for choosing, so that the conditions will be legal and not contradict the current legislation. There is a short description in the text about the history of the appearance of this agreement, using it in courts and implementing it in the national legislation. The conclusion shows the correct definition of the conditions in the contract and their observance contributes to the interests of the participants in the company and the development of entrepreneurial activity in Ukraine. The corporate agreement is new in Ukrainian legislation, so there are a lot of specialties, which should be settled by the authority. This article emphasizes them and tries to find the solutions.

Key words: corporate agreement, stakes, minority, majority, protection of interests, shareholder agreements.

Постановка проблеми. Одним із нових інструментів регулювання діяльності юридичної особи є корпоративний договір. Його визначення та цілі наведені у статті 7 Закону України «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю», відповідно до якої корпоративний договір – це договір, за яким учасники товариства зобов'язуються реалізувати свої права та повноваження певним чином або утримуватися від їх реалізації [1]. Такий договір є конфіденційним, крім випадків, коли одним з акціонерів є держава; передбачає умови, за якими учасник повинен або може купити чи продати свою частку у статутному капіталі, містить підстави визнання договору нікчемним. До основних питань, які визначаються договором, належать: передача акцій та вихід товариства із тупикових ситуацій. Однак через те, що основним принципом укладення такого договору є диспозитивність, то сторони можуть визначити для себе будь-які умови, які, на їхню думку, є необхідними для захисту власних інтересів.

У Законі України «Про акціонерні товариства» законодавець розкриває поняття договору між акціонерами товариства. Відповідно до ч. 1 ст. 26-1 цього Закону це договір,

за яким акціонери реалізують свої права на акції на основі законів України, статуту та інших внутрішніх документів [2]. Таким договором може передбачатись спосіб голосування на загальних зборах, погодження придбання або відчуження акцій, вчинення дії стосовно управління товариством, передбачення способів виконання зобов'язань та заходи відповідальності за їх невиконання, а також установлення порядку набуття та припинення прав на придбання чи продаж акцій.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питаннями корпоративного договору, природи його походження, його предмета, ознак, порівняння з іноземним правом та іншими особливостями займаються Л.Д. Руденко, Л.В. Сішук, Ю.М. Жорнокуй, К.О. Рябова, І.В. Спасиби-Фатєєва та інші. Методика досліджень полягає в аналізі нормативно-правової бази України та іноземних держав, наукових праць авторів, які займаються вивченням такого питання, а також виявлення проблем у цій сфері і способів їх вирішення.

Мета статті – проаналізувати сучасні нормативно-правові акти національного законодавства, що стосуються

поняття та умов укладання корпоративного договору, його предмета та цілей з метою реалізації механізму захисту прав та інтересів учасників товариства на практиці.

Виклад основного матеріалу. Для того аби розглянути особливості корпоративного договору, варто розпочати із природи його походження. Він був установлений англо-американською правовою системою. Називається він “shareholder agreements”, що дослівно перекладається як «угода між засновниками», однак означає угоду між засновниками, учасниками чи акціонерами, оскільки англо-американська правова система не розмежує значення відповідних категорій суб’єктів. Його поява була спричинена необхідністю введення комфортних та безпечних організаційно-правових форм управління бізнесом та для захисту управлінських прав у судовому порядку, оскільки суди не визнавали акціонерних товариств. У США це питання вирішилось із прийняттям акта “Model Business Corporation Act”, який установлював порядок заснування товариств та голосування в них, а також корпоративного законодавства, яке регулювало ще і корпоративне управління. Тож у період 60-х років ХХ ст. у США питання захисту управлінських прав було вирішене на рівні законодавства [3, ст. 89].

У Великій Британії у 2006 р. було прийнято спеціальний закон про управління компаніями, який додав такий механізм захисту, як корпоративний договір, та відмежував його від статуту. Але останній все одно мав перевагу над положеннями договору. Англійське право визначає такі основні положення договору: напрями діяльності товариства, питання управління та голосування на зборах учасників, відчуження та придбання акцій, обсяг прав учасників та порядок їх реалізації, перелік обов’язків та виконання зобов’язань акціонером перед іншими учасниками компанії, порядок виплати дивідендів та додаткової емісії акцій, розподіл вкладів засновників, а також інші питання взаємодії між акціонерами (надання звітності, колаборація з дочірніми підприємствами та іншими відокремленими підрозділами, обмін інформацією та спільний розвиток).

Основними ознаками, які виокремлюють корпоративний договір з-поміж інших, є його особливий предмет, який полягає в узгодженні дій учасників щодо управління корпоративними правами (немайнового характеру). Іншою ознакою є особливий суб’єктний склад, до якого можуть належати виключно засновники товариства, які володіють правами щодо управління, тобто такий договір не обов’язково укладати всім учасникам. Застосовується такий договір виключно в межах однієї юридичної особи, він також не може суперечити установчим документам [4, ст. 447].

Корпоративний договір, зокрема, реалізує основні принципи корпоративного управління, що покликані покращити інвестиційну привабливість та конкурентоспроможність на ринку. До предмета договору належить установлення порядку відчуження акцій, передачі їх третім особам, спосіб голосування та шляхи вирішення безвихідних ситуацій.

Відчуження акцій де-факто являє собою передачу корпоративних прав. Тому в такій процедурі важливий чіткий порядок її здійснення. Корпоративний договір передбачає такі види відчуження:

– **Righ to first refusal** (пріоритетне право на придбання акцій). Такий механізм часто використовується у вітчизняній правовій системі. Означає він право першої відмови. Тобто акціонер, який бажає відчужити свої акції, повинен насамперед запропонувати їх іншим акціонерам товариства. У такому разі ціна та умови передачі є такими ж, як для третіх осіб, які бажають придбати акції. Однак акціонери відповідно мають право прийняти чи відмовитись від такої пропозиції, а пропущення установленого терміну для відповіді можна вважати актом відмови.

– **Tagalong** (обов’язковий викуп акцій). Цей спосіб застосовується для захисту прав міноритарного акціонера

у разі, якщо змінюється власник товариства. Такий механізм передбачає обов’язок мажоритарія утриматись від продажу власних акцій, поки міноритарії не реалізують право на продаж власних акцій на однакових умовах або не відмовляться від свого права.

– **Dragalong** (обов’язковий продаж акцій). Такий спосіб є вигідним для мажоритарія у разі, якщо з’являється новий власник, який бажає отримати 100% акцій товариства. У разі отримання всіх 100% акцій новий власник готовий надати додаткові вигідні пропозиції. Однак сам продаж акцій для всіх власників здійснюється на однакових умовах. Ініціюється він у такому разі міноритарієм, який зобов’язаний заявити про свої наміри мажоритарію.

– **Putoption** (опціон продавця). Такий механізм означає, що один із акціонерів має право вимагати від інших акціонерів викупу його акцій на заздалегідь встановлених умовах та ціні. За загальним правилом такий опціон застосовується до міноритарного власника акцій.

– **Calloption** (опціон покупця). Є механізмом, протилежним до попереднього, і означає право одного з акціонерів (переважно стосується мажоритарія) вимагати від інших акціонерів продати йому їхні акції на заздалегідь визначених умовах, у певні строки та за установленою ціною.

Важливо зазначити, що такі механізми відчуження акцій можуть застосовуватись не лише для акціонерних товариств, а і для ТОВ та ТзДВ. Така можливість передбачена в законах України «Про господарські товариства», «Про акціонерні товариства», «Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю». Для того аби корпоративний договір був найбільш ефективним, частки учасників не повинні бути рівними. Якщо дві сторони укладають між собою договір, то одна з них має бути міноритарієм, а інша – мажоритарієм, практично це можна реалізувати у відсотковому співвідношенні 49/51. У такому разі частки майже рівні, та все ж для їх захисту забезпечуються інші механізми, саме вони допомагають товариству не потрапляти у безвихідні ситуації.

Іноді товариство може потрапити у так званій «глухий кут», англійське право називає це ситуацією “deadlock”, коли між акціонерами виникають певні розбіжності щодо необхідності прийняття певного рішення. У такому разі саме корпоративний договір може закріпити механізм виходу із такої ситуації [5, ст. 98]. Є кілька варіантів вирішення такої проблеми:

– **«Російська рулетка»**. Такий механізм використовується, коли корпоративний договір укладений між двома учасниками (сторона 1 та сторона 2). За умови, коли сторона 1 бажає повністю вийти з бізнесу або отримати всі інші частки та стати одноосібним управителем, сторона 1 пропонує стороні 2 викупити її частку (акції) за заздалегідь визначеною ціною. Сторона 2 має право або прийняти, або відмовитись від такої пропозиції. У разі відмови сторона 2 пропонує свої еквівалентні умови. Тоді сторона 1 зобов’язана їх прийняти та продати свою частку стороні 2. Якщо одна зі сторін протягом визначеного періоду не надає відповіді, то вважається, що така пропозиція була прийнятою. Одним із підвидів «російської рулетки» є «чорна мітка». Її суть полягає в тому, що для оцінки ринкової вартості акцій залучається третя сторона – незалежний експерт. Тоді сторона-ініціатор повинна викупити в іншої сторони її частку за ціною, більшою, ніж ринкова. Вартість у такому разі збільшується залежно від коефіцієнта чи відсотків, визначених у договорі. Або сторона-ініціатор продає власну частку за ціною, меншою, ніж ринкова, розрахунок якої також визначається у договорі.

– **«Техаська перестрілка»**. Такий механізм може використовуватись і у разі підписання договору двома сторонами, і у разі більшої кількості сторін. Якщо сторона 1 бажає продати свою частку, то вона пропонує стороні 2 викупити її за визначеною ціною. Сторона 2 має право

як прийняти, так і відмовитись від такої пропозиції. Однак у разі відмови сторона 2 пропонує викупити власну частку за вищою ціною, пропорцію ціни визначають у договорі. Проте, на відміну від «російської» рулетки, жодна сторона не зобов'язана приймати умови іншої, тому оферти можуть повторюватись кілька разів, поки одна зі сторін за власною волею не прийме пропонувані умови. Якщо ж корпоративний договір підписаний трьома і більше сторонами, то тоді сторона, яка бажає продати свою частку, повідомляє іншій стороні про свої наміри, а ті в закритому вигляді надсилають незалежному посередникові відомості про ціну, яку вони готові заплатити за вказану частку. Тоді сторона-ініціатор одночасно відкриває всі запропоновані варіанти та вибирає ціну, найвищу серед усіх, відповідно тій же стороні продає свою частку.

– **«Голландський аукціон».** Якщо договір підписаний двома сторонами, то вибирається незалежний медіатор, якому сторони відправляють у закритому вигляді дані про мінімальну ціну, за яку вони готові продати свою частку. Та сторона, яка вказала більшу ціну, має право купити в іншого учасника його частку за мінімальною ціною. Якщо ж договір підписали три та більше сторін, то сторона-ініціатор продажу своєї частки повідомляє медіатора та інші сторони про свій намір. Далі сторони у закритому вигляді надсилають медіатору ціну, за яку вони готові продати свої частки, викупає частки та сторона, яка вказала найбільшу вартість, однак в інших сторін викупає за вказаною ними мінімальною ціною.

– **«Розділяй та вибирай».** Така процедура використовується у разі, коли всі активи компанії можна поділити на рівні частки, які належатимуть усім учасникам товариства пропорційно. Тоді один учасник поділяє активи компанії на частини, а інший має право викупити одну чи кілька частин, які вираховуються пропорційно до належної йому частки.

Визначення у корпоративному договорі механізму виходу із ситуації “deadlock” дозволяє сторонам максимально справедливо розподілити свої частки. Кожна зі сторін буде визначати таку вартість, яка не буде занадто високою чи занадто низькою. Крім того, зменшується ризик відходу однієї зі сторін від умов, попередньо визначених ними у корпоративному договорі. Заздалегідь прописані умови допомагають вирішувати спір, не залучаючи при цьому суди і задовольняючи інтереси кожної зі сторін.

У 2017 році відбулися зміни у регулюванні корпоративних договорів щодо встановлення кола осіб, які можуть підписати договір, щодо форми та процесу підписання договору, способів відчуження акцій. Проте досі найбільшою проблемою українського законодавства залишається захист визначених домовленостей. І хоча сторони можуть максимально детально прописати процедури передачі часток, виходу із товариства тощо, однак досі найважливішим елементом захисту від порушення умов договору залишається звернення до суду. Суд своєю чергою може лише зобов'язати виконати певну дію чи відшкодувати завдані збитки або в окремих випадках визнати договір недійсним.

Цікавою є англійська практика у вирішенні спорів. Вона показує такі способи вирішення конфлікту:

1) Liquidated damages and penalty – тобто компенсація збитків, що проявляється у формі сплати заздалегідь визначених збитків або неустойки. Прецедентом щодо застосування такої форми захисту слугує рішення у справі Dunlop Pneumatic Tyre Co Ltd v New Garage & Motor Co Ltd, у якій вказується, що суд оцінює проблему відповідно до обставин на момент укладення договору, а не на момент його порушення. Неустойка відрізняється від заздалегідь визначених збитків тим, що вона передбачається за більші збитки, ніж вказані [6, ст. 5].

2) Specific performance – виконання зобов'язань у натурі. Для цього потрібно довести, що у разі конфлікту виплата компенсації за збитки неможлива, а виконати саме зобов'язання цілком реально.

3) Injunction – суд забороняє здійснювати певні дії.

4) Інші наслідки. До них може належати визнання договору недійсним, залучення третьої добросовісної сторони, виникнення нових зобов'язань для учасника (учасників) тощо.

Доволі часто сторони намагаються вирішити спір без залучення державних судів. Тоді вони звертаються до медіатора, третьої незалежної та незаангажованої сторони, що може налаштувати сторони на певне рішення, але де-факто вони його приймають самостійно. Іноді сторони можуть звернутись до арбітражу, однак у такому разі третя сторона приймає на свій розсуд рішення, яке стає обов'язковим для сторін.

Важливість та правильність укладення корпоративного договору є передумовою для того, аби сторони могли найбільш вдало реалізувати власні інтереси, які можуть бути індивідуальними (учасника чи засновника) або загальними (товариства загалом). Крім того, можуть бути корпоративні інтереси та інтереси в корпоративній сфері. Їх відмінність полягає в тому, що перша категорія виникає в процесі реалізації корпоративних прав та належить окремому учасникові. А друга категорія проявляється стосовно третіх осіб або ж самого товариства і вказує на те, яким чином працює товариство, яку користь чи шкоду може принести та кому.

У 2004 році Конституційний Суд України розмежував поняття «інтерес акціонера» та «інтерес акціонерного товариства», пояснивши, що інтерес товариства не є сукупністю інтересів акціонерів. Такі інтереси зазвичай є суперечливими та навіть конфліктними, адже акціонер, який володіє контрольним пакетом акцій, має інші цілі, ніж простий акціонер. А кожен окремий учасник шукає та використовує різні способи та засоби для задоволення різного обсягу потреб [7].

Товариство має на меті отримати прибутки та втриматись на ринку, а для цього потрібно правильно організувати внутрішню роботу. Саме тому корпоративний договір є тим документом, який допомагає в організації, зменшенні рівнобжностей між учасниками, встановленні механізму захисту індивідуальних інтересів учасників задля налагодженої роботи товариства. Крім того, товариство потребує належного механізму захисту задля можливості реалізації інтересів третіх осіб, кредиторів чи інвесторів, які зацікавлені у стабільності та захищеності товариства.

Загалом основні інтереси, які потрібно враховувати, поділяються на дві групи: пов'язані із діяльністю товариства та з припиненням його діяльності. Перша група включає у себе участь в управлінні товариством, в управлінні його капіталом, оптимізація корпоративного управління та розподіл його впливу, отримання контрольного пакета акцій, мінімізації ризиків у діяльності, побудову фідучіарних відносин між учасниками, збереження цілісності та стабільності товариства, отримання стабільного зростаючого прибутку. Друга категорія передбачає умови, які будуть максимально вигідними для учасників у разі ліквідації чи реорганізації товариства, збереження ділової репутації, справедливого розподілу капіталу, утримання позицій на ринку для правонаступника у разі реорганізації [8, ст. 78].

Ще однією причиною, яка викликає необхідність додаткового захисту товариства, є проблема рейдерства. Визначення такого поняття в українському законодавстві немає, однак більшість науковців вважають, що це незаконне захоплення підприємств або частки підприємства, яке може здійснюватися не лише третіми особами, а й безпосередньо учасниками товариства. Статистика вказує на те, що щороку в Україні відбувається 35–40 тисяч рейдерських атак, що негативно впливає не лише на внутрішнє становище товариства, а й знижує показник економічного зростання в державі на 1–2% щороку [9, ст. 70].

Найбільшою проблемою є те, що захист від рейдерства у приватному секторі мало контролюється з боку дер-

жави, тому основна система захисту покладається безпосередньо на кожне окреме товариство. З огляду на те, що процес рейдерства відбувається через підробку підписів, незаконну реєстрацію, підміну документів тощо, то додатковий договір між учасниками може вберегти від подібних дій. Раніше було наведено коло питань, яке регулює корпоративний договір. Однак, на нашу думку, у такому договорі можна також прописати додаткові умови, які стосуються, для прикладу, того ж процесу підписання внутрішніх актів, установити умову присутності більшої частини членів товариства у разі розпорядження власними акціями тощо. Через те, що корпоративний договір має цивільно-правову природу у ньому можна розширити коло умов, не заборонених законом.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Таким чином, корпоративний договір є новацією українського законодавства, яка побудована на принципах англійського права. Він не є установчим документом, тому він закритий і підписується виключно між учасниками товариства. Його основною метою є забезпечення інтересів учасників та створення належного механізму їх захисту. Договір покликаний розмежувати інтереси учасників товариства, захистити їх від зовнішніх загроз та влаштувати єдиний внутрішній порядок з метою мінімізації ризиків для учасників. Такий договір перешкоджає будь-яким махінаціям безпосередньо зі сторони учасників. Тому правильне визначення умов у договорі та їх дотримання сприяє забезпеченню інтересів учасників та розвиткові підприємницької діяльності в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю : Закон України від 16 липня 2020 року № 13. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2275-19#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
2. Про акціонерні товариства : Закон України від 16 серпня 2020 року № 50-5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
3. Дорошенко Л.М. Корпоративні договори в національному праві та праві країн англо-американської правової системи. *Господарське право і процес*, 2019, вип. 11, Київ. С. 89.
4. Науменко Т.С., Телестакова А.А. Корпоративний договір – новий інструмент забезпечення господарської діяльності товариства з обмеженою відповідальністю. *Освітньо-інноваційна інтерактивна платформа «Підприємницькі ініціативи»* : матеріали IV Всеукраїнської наукової Інтернет-конференції, секція 5, 2019, с. 444–449.
5. Ярмош П.О. Deadlock ситуація в товаристві з обмеженою відповідальністю. Методи, шляхи врегулювання. Зарубіжний досвід. *Соціологія права очима молодих вчених: теоретико-правова спадщина К. Неволіна* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції, м. Київ, 2018, с. 98.
6. Загороднюк Г. Міжнародний досвід: корпоративні договори за англійським правом. *Імпортозаміщення корпоративних договорів: інформаційно-аналітичний центр «Ліга»*, 2018, с. 1–6.
7. Рішення Конституційного Суду України щодо офіційного тлумачення окремих положень частини першої статті 4 Цивільного процесуального кодексу України (справа про охоронюваний законом інтерес) від 1 грудня 2004 року, справа № 1-10/2004, м. Київ. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v018p710-04#Text> (дата звернення: 15.04.2021).
8. Ніколенко М.О. Система корпоративних інтересів, що реалізуються під час укладення корпоративного договору. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер. Юриспруденція*, № 42, том 1. м. Одеса, 2019, с. 78–81.
9. Котенко Б.В. Рейдерство та інші корпоративні конфлікти у господарській діяльності. *Традиції та інновації розвитку приватного права в Україні: освітній вимір* : матеріали VIII Всеукраїнської науково-практичної конференції, м. Полтава : ПУЕТ, 2020. С. 69–71.

ПИТАННЯ ПРО АБСОЛЮТНИЙ ХАРАКТЕР ПРАВА В КОНТЕКСТІ АНАЛІЗУ ДЕЯКИХ ГАРАНТІЙ СПРАВЕДЛИВОГО СУДУ ЗА СТАТТЕЮ 6 ЄКПЛ

THE QUESTION OF THE ABSOLUTE NATURE OF LAW IN THE CONTEXT OF ANALYSIS SOME GUARANTEES OF A JUSTICE UNDER ARTICLE 6 OF THE ECHR

Вартовнік О.М., студентка V курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена дослідженню теми вирішення питання про те, чи є право на справедливий судовий розгляд, передбачене Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, абсолютним. Проаналізовано зміст права на справедливий суд, а також визначено, що елементи права на справедливий суд можуть вступати в конкуренцію в процесі правозастосування. Здійснено аналіз практичної реалізації деяких принципів в їх взаємовпливі з використанням практики Європейського суду з прав людини.

Одне з найважливіших місць серед загально визнаних прав людини належить праву на справедливий суд, а дотримання всіх вимог-гарантій справедливого суду становить єдиною умовою справедливості провадження. Взяття державою міжнародних зобов'язань щодо забезпечення прав людини означає не лише імплементацію відповідних положень у національне законодавство, а й активна участь в усуненні і мінімізації перешкод на шляху реалізації права на справедливий суд. Своєю чергою необхідною умовою для утвердження правосуддя в національних судових органах є ефективність судової системи, що не може бути досягнуто, якщо не буде існувати легітимних, пропорційних та законних обмежень деяких гарантій.

Відповідно до діалектичного підходу потрібно виходити з того, що гнучкий характер положень Конвенції є результатом динамічної практики Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, яка постійно розвивається та перетворюється під впливом актуальних правових відносин та наукових висновків, що дає змогу виявити розбіжність у національному законодавстві та вживати заходів для видалення. Таким чином, рішення Європейського суду служить фактором, який робить його різним, щоб розглянути ефективність сучасних механізмів правозахисних прав, організації судової влади, а також вказує на прогалини в правовій системі держави, через яку право порушується, не вважає адекватним захистом у рамках національної справедливості. З цієї причини стандарти конвенції з урахуванням їх тлумачення Європейського суду постійно знаходяться у сфері розгляду науки, а їх дослідження не втрачає свого значення.

Ключові слова: гарантії прав людини, справедливість, конкуренція гарантій права на справедливий суд, справедливий суд, перепони, ефективний захист, абсолютний характер права.

The article examines the question of whether the right to a fair trial under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is absolute. The content of the right to a fair trial is analyzed, and it is also determined that the elements of the right to a fair trial can compete in law enforcement. An analysis of the practical implementation of some principles in their interaction using the case law of the European Court of Human Rights.

One of the most important places among the universally recognized human rights belongs to the right to a fair trial, and compliance with all the requirements and guarantees of a fair trial is the sole condition for fairness of proceedings. The State's commitment to international human rights means not only the implementation of relevant provisions in national law, but also its active participation in removing and minimizing obstacles to the exercise of the right to a fair trial. In turn, a necessary condition for the administration of justice in national courts is the efficiency of the judiciary, which cannot be achieved without legitimate, proportionate and legitimate restrictions on certain guarantees.

According to the dialectical approach, it should be assumed that the flexible nature of the provisions of the Convention is the result of dynamic practice of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, which is constantly evolving and evolving under the influence of current legal relations and scientific conclusions. removal measures. Thus, the decision of the European Court is a factor that makes it different to consider the effectiveness of existing mechanisms of human rights, the organization of the judiciary, and points to gaps in the legal system of the state through which the law is violated, does not consider adequate protection under national justice. For this reason, the standards of the Convention, taking into account their interpretation by the European Court, are constantly in the field of science, and their study does not lose its relevance.

Key words: guarantees of human rights, justice, competition of guarantees of the right to a fair trial, fair trial, obstacles, effective protection, absolute nature of law.

Різним аспектам реалізації права на справедливий суд приділили увагу такі науковці, як О. Прокопенко, Р. Сопільник, О. Котович, Н. Сакара, С. Лунін та інші, разом із тим варто згадати доробки фахівців, які звертають увагу на проблеми справедливості у праві, наприклад, С. Сливки, І. Луцького, Н. Гураленко, О. Тарасишиної, В. Самохвалова тощо. Значний інтерес науковців і практиків щодо теми цього дослідження ілюструє актуальність проблеми та необхідність подальшого ефективного реформування інституційної і процесуальної сторони правосуддя, спираючись на загально визнані цінності демократичного суспільства.

В умовах, коли Україна визначила вступ до ЄС як стратегічний курс, більше уваги приділяється налагодженню механізму правового захисту прав людини, отже, основоположним завданням держави є забезпечення ефективних та реальних гарантій правосуддя. Так, вказане зумовлює науковий інтерес щодо аналізу права на справедливий суд, декларованого ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – ЄКПЛ), а також право-

вих стандартів справедливого суду, що еволюціонують в інтерпретаціях і правових позиціях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Забезпечення права на справедливий суд є важливим принципом правової держави та основою демократичних перетворень у суспільстві.

Правосуддя як основний правозахисний механізм може виконувати свою роль саме завдяки загально визнаним його стандартам, що виходять з того, що визначення прав і свобод кожного в судовому процесі здійснюється на основі справедливих процедур, закінчується винесенням обов'язкових судових рішень, виконання яких забезпечує не тільки компенсацію заподіяної шкоди, але й відновленням у порушених правах. Саме право на справедливе правосуддя розглядається як неодмінна частина каталогу загально визнаних прав і свобод – без судового механізму захист всіх інших прав не міг би бути реалізований [1, с. 11].

Відповідаючи на питання, чи можна вважати право на справедливий суд абсолютним правом, тобто таким, щодо якого не встановлено легальних підстав для обмеження стосовно суб'єкта права, варто виходити з того, що про-

цесуальні відносини за своєю правовою характеристикою цілком походять від права кожного на справедливий суд, на справедливі «процедури». Своєю чергою це право не містить ризику для соціуму, адже не є бар'єром для досягнення цілей, як-то утвердження і захист особистих прав і законних інтересів інших осіб, публічних інтересів, суспільних благ (моральність, національна чи громадська безпека, територіальна цілісність держави тощо).

Право на справедливий суд має складну внутрішню структуру та «поліцентричність» власного змісту. Так, Н. Грень вважає, що основними складниками права на справедливий суд є доступ до суду, публічність судового розгляду, незалежність та безсторонність суду, розумний строк розгляду, рівність учасників, справедлива (належна) процедура розгляду справи [2]. Аналогічні погляди на це питання мають В. Комаров, Н. Сакара [3, с. 13] та У. Коруц [4, с. 373].

У своїй монографії Р. Сопільник наводить такі константи у змісті права, закріпленого, зокрема, у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ, як право на доступ до суду, незалежний і неупереджений судовий розгляд, змагальність, право на відкритий розгляд, вмотивованість судового рішення, дотримання розумного розгляду справ, виконання рішення суду [5].

В. Комаров та Н. Сакара виокремлюють таку структуру досліджуваного права: необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи; належна судова процедура; публічний судовий розгляд; розумний строк судового розгляду; розгляд справи незалежним і безстороннім судом, встановленим законом [3, с. 13]. Принагідно зупинимося на тому, що наявність складної структури права на справедливий суд перешкоджає утвердженню, що саме право може чи не може підлягати легітимним обмеженням із боку держав, адже вбачаємо в такому підході звуження самого значення постулатів у змісті права на справедливий суд.

Проте самі гарантії п. 1 ст. 6 потенційно можуть підлягати обмеженню, навіть без «санкціонування» цього в правовій позиції з боку ЄСПЛ, а внаслідок того, що кожен елемент уособлює справедливе судочинство і всі складники досліджуваного права мають бути реалізовані одночасно, щоб завдання ст. 6 було виконане. Але в цьому контексті важливим є те, що на перший погляд, пріоритет не може бути відданий, наприклад, встановленню належної процедури, а непропорційним і нелегітимним економічним перешкодам при цьому не було б надано значення.

У процесі аналізу окремих гарантії ст. 6 ЄКПЛ може виникнути конкуренція, коли певна вимога справедливого провадження є основним критерієм для визначення «правосудного спрямування» провадження із захисту прав та законних інтересів особи.

ЄСПЛ у справі «Голдер проти Великої Британії» (1975) зазначає, що сама конструкція права на справедливий суд була б безглуздою та неефективною, якби не захищала права на розгляд справи. Тобто право на справедливість містить право на доступ до суду. Останнє розуміють як безперешкодну можливість звернення до суду, без отримання спеціальних дозволів, проходження певних процедур, досудових засобів врегулювання спорів, інших додаткових обтяжень для заявника.

Так, на національному рівні держави можуть встановлювати процесуальні (до прикладу, щодо форми позовної заяви, частоти звернення, попереднього перегляду справи), часові (строки позовної давності), суб'єктні (вік, з якого можна звертатися за захистом права), фінансові обмеження (судове мито тощо). Обмеження не мають порушувати зможу застосовувати на практиці право на доступ і зменшувати його ефективність (зі справи «Белле проти Франції»: «Сторона повинна мати реальну можливість оскаржити дію, що порушує його права»; інші справи: «Мірагалл Есколано та інші проти Іспанії», «Перес де Рада Каваніл'ес проти Іспанії», «Белеш та інші проти Чеської Республіки» тощо) [6, с. 100].

Втім для ілюстрування «конкуренції» гарантії ст. 6 варто зупинитися, зокрема, на такому піделементі доступу до суду, як інстанційний доступ до суду. Останній означає доступ до суду як до установи, зможу особи ініціювати процес і право очікувати, що суд розгляне її справу.

Інституційний аспект тісно пов'язаний із характеристикою легітимності суду як державного органу. Тобто особи, звертаючись до суду, мають бути переконані, що звертаються до легітимного органу, рішення якого матимуть юридичну силу, визнаватимуться та виконуватимуться. Легітимність судової влади також означає визнання її авторитету в суспільстві.

Консультативна рада європейських суддів у п. 12 Висновку № 1 (2001) наголошує: «Судовій владі мають довіряти не лише сторони окремої судової справи, а й суспільство загалом. Таким чином, суддя не просто має насправді бути вільним від будь-яких зв'язків, прихильностей, упередженості, він чи вона також мають вважатися вільними від цього з погляду розсудливого спостерігача. У протилежному випадку довіру до судової влади може бути підірвано».

Втім авторитет органів судової влади базується, перш за все, на слідуванні принципам незалежності і неупередженості в кожній конкретній справі. Вважаємо за доцільне зупинитися на характеристичі цієї гарантії.

У практиці ЄСПЛ неодноразово було акцентовано на абсолютній необхідності додержання правил, що забезпечують незалежність суду, але досить індивідуальним і дискреційним є підхід визначення відступу від забезпечення цієї гарантії. Наприклад, Суд вказав, що той факт, що голова суду касаційної інстанції призначається виконавчим органом влади не порушує його незалежність за умови, що після призначення він не зазнає тиску, не отримує інструкцій і виконує свої функції абсолютно незалежно (*Zolotas v. Greece* (Золотас проти Греції), § 24, *Majorana v. Italy* (Majorana проти Італії), (dec.)).

Разом із тим відсутність незалежності свідчить про відсутність поваги до прав громадян і до судової системи загалом, яка є невід'ємною передумовою впевненості суспільства в судах і, в ширшому сенсі, верховенства права. Відповідно до п. 1.1 Європейської хартії статусу суддів, «статус суддів означає забезпечення компетентності, незалежності і неупередженості, яких будь-яка людина законно очікує від судових органів і від кожного судді, якому довірено захист її прав. Він відкидає будь-яке положення і будь-яку процедуру, які можуть похитнути довіру до цієї компетентності, незалежності і неупередженості» [8].

Незалежність як принцип стосується всієї судової системи чи статусу суддів у державі, їх взаємодії з іншими органами. Принцип неупередженості передбачає акцент на конкретній справі, що «завичай виявляється у світлі обставин конкретної справи, тобто *prima facie*» [2]. Проте нині досить важко провести чітку межу між принципами, оскільки порушення одного тягне, відповідно, порушення іншого.

Правовими механізми забезпечення цього принципу є можливість відводу або самовідводу судді. Як було вже зазначено, дія такого механізму може спричинити суперечливу ситуацію з доступом до суду як до установи. Це проявляється, якщо всі судді підлягають самовідводу, наприклад, через конфлікт інтересів у процесі вирішення справи, і справа не може бути передана до іншого суду. Так, за наявності таких обставин справа продовжують розглядати згідно з принципом «Якщо всі судді суду заінтересовані, то вважається, що ніхто із них не є заінтересованим», щоб не відмовити в доступі до суду, нівелюючи суть останнього. Щодо цього категорично висловлювався ЄСПЛ, зазначаючи, що права можуть бути обмежені, але лише таким способом та до такої міри, що не порушують зміст цих прав (*Philis v. Greece* (Філіс), § 59; *De Geouffre de la Pradelle v. France* (Де Жуфр де ла Праделле проти Франції), § 28, і *Stanev v. Bulgaria* (Станев проти Болгарії) [ВП],

§ 229). А право на доступ до суду не є абсолютним і може бути обмежено рішеннями суду (Golder v. the United Kingdom, § 38; Stanev v. Bulgaria (Станев проти Болгарії) [ВП], §§ 230).

Тобто суддя не може бути відсторонений від участі в розгляді справи, якщо жоден інший суд не може бути призначений для розгляду цієї справи або через терміновий характер справи, коли зволікання в її вирішенні може призвести до серйозної судової помилки. Але надзвичайні обставини можуть вимагати відступлення від принципу, викладеного вище. Концепція необхідності дає змогу судді, який у будь-якому іншому випадку був би відсторонений, розглядати справу та виносити рішення в ній, оскільки в протилежному випадку це може призвести до відмови в правосудді. Така необхідність може виникнути в разі відсутності іншого судді, якого не відсторонено аналогічним чином від участі в судовому провадженні, якщо відтермінування судового процесу чи неналежний судовий розгляд призведе до серйозних труднощів або ж якщо неможливо призначити суд для розгляду справи і винесення рішення в ній через відсутність відповідного судді. Звичайно, така необхідність з'являється рідко і в окремих випадках. Однак подібна ситуація може час від часу виникати в судах останньої інстанції, де працює обмежена кількість суддів, на які покладено важливі конституційні та апеляційні функції, що не підлягають делегуванню іншим суддям [9].

Інституційний доступ абсолютний, неупередженість «поступається» йому і тому, на перший погляд, є неабсолютним стандартом, але так можна стверджувати з певною обережністю та із зауваженнями, адже в деяких випадках неупередженість декларується ЄСПЛ як пріоритетна цінність правосуддя в тому випадку, зокрема, коли будь-який суддя, упереджений чи ні, вирішив би справу тільки єдиновизначеним чином і факт заінтересованості не відіграв би визначальної ролі, все ж таки не можна нівелювати гарантію неупередженості як складник стандарту «суд, встановлений законом» (справа «Шкрля проти Хорватії» (№ 32953/13)).

Цікавою є і позиція про пріоритет присяги судді над певними загальними уявленнями, прийнятими в суспільстві, щодо бачення заінтересованості або конфлікту інтересів, і над певними іншими соціальними обов'язками та зобов'язаннями [10].

Також у межах цієї проблематики можна навести до прикладу справу «Chim and Przywieczerki v. Poland». Заявники скаржилися на порушення вимоги «суду, встановленого законом» через те, що суддя, який розглядав справу в суді першої інстанції, був призначений для розгляду цієї справи Головою суду всупереч положенням національного законодавства. Зазначений факт надалі був підтверджений Апеляційним судом та Верховним Судом. За наслідками розгляду скарги заявника Верховний Суд зробив висновок, що призначення судді всупереч положенням чинного законодавства не є автоматичною підставою для скасування судового рішення, і у цій справі факт неправомірного визначення судді не вплинув на зміст судового рішення, тому скаргу заявника загалом слід визнати необґрунтованою. ЄСПЛ, розглядаючи зазначену справу, вказав, що дефект, який полягав у призначенні судді всупереч нормам чинного законодавства, не був виправлений у судах вищої

інстанції, а отже, суд, який розглядав справу заявника в першій інстанції, не можна визнати судом, встановленим законом, а отже, мало місце порушення п. 1 ст. 6 ЄКПЛ. Тобто в цій справі на право особи на справедливий суд переважно впливає гарантія правової визначеності та суду заснованого на законі, аніж принцип свободи розсуду держави у сфері визначення правил призначення справи до розгляду конкретним суддею або судом.

Своєю чергою принцип свободи розсуду щодо механізмів забезпечення деяких стандартів ст. 6 ЄКПЛ був предметом уваги ЄСПЛ у справі «Pasquini v. San Marino», де Суд підкреслив, що саме завданням національних судів є керівництво їхніми провадженнями з позиції забезпечення належного здійснення правосуддя. Визначення правил призначення справи до розгляду конкретним суддею або судом належить до сфери розсуду національних органів влади. Є широке коло факторів, наприклад, ресурсна спроможність, кваліфікація суддів, конфлікт інтересів, доступність місць, обладнаних для слухання справ тощо, які мають бути взяті до уваги органами державної влади в процесі призначення справи до розгляду. ЄСПЛ не може досліджувати наявність достатніх підстав для того, щоб національні органи влади призначили справу до розгляду конкретним суддею або судом, ЄСПЛ має бути задоволений тим, що перерозподіл справи, який мав місце, є сумісним із положеннями п. 1 ст. 6 Конвенції [11].

В останньому прикладі можна прослідкувати думку, що гарантії права на справедливий суд є тісно пов'язані із забезпеченням принципу верховенства права, а саме законність (legality) як його елементу. Слідування принципу законності є першим кроком до утвердження верховенства права, яке має розглядатися як заборона свавілля шляхом неухильного виконання «якісного закону», критерії якого розроблені практикою ЄСПЛ.

Також у процесі дослідження співвідношення права на справедливий суд і принципу законності важливо мати на увазі, що роль таких міжнародно-правових джерел, як практика ЄСПЛ, у вітчизняній правовій системі, особливо в процесах правозастосування, має розглядатися крізь призму їх авторитетності, апробованості роками та визнання багатьма країнами, тобто як це має місце щодо використання в судовій практиці країн «загального права» наукових доктрин. Отже, навряд чи доцільно протиставляти практику Євросуду внутрішнім нормативним джерелам.

О. Гришук стверджує, що «процес конвергенції справедливості права здатний виступити гарантією ефективності права, а отже, підтвердити його цінність як найбільш дієвого соціального регулятора» [12, с. 268].

Вимоги-гарантії права на справедливий суд декларовані ЄСПЛ шляхом динамічного тлумачення Конвенції, але їх перелік є орієнтовним і неостаточним, а стрижневою категорією в питанні абсолютності прав, закріплених ч. 1 ст. 6 ЄКПЛ, є справедливість. Уся дивергенція елементів права на справедливий суд і безумовне їх дотримання є умовою справедливого процесу із захисту прав, свобод і законних інтересів особи. Саме справедливість абсолютна, вона забезпечує загальну правомірність, про це свідчить етимологічний аналіз, який показує їх взаємозв'язок (слово «justitia» з латин. означає «справедливість», «правосуддя», похідне від «jus» з латин. «право»).

ЛІТЕРАТУРА

1. Стандарти справедливого правосуддя (международные и национальные практики) / кол. авт.; под ред. Т.Г. Морщаковой. Москва: Мысль, 2012. 584 с.
2. Грень Н.М. Право на справедливий суд: проблеми доступності та публічності. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія «Юридичні науки». 2015. № 825. С. 132–237. 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=vnulpurn_2015_825_23
3. Комаров В.В., Сакара Н.Ю. Право на справедливий судовий розгляд у цивільному судочинстві: навчальний посібник. Харків: Нац. юрид. акад. України, 2007. 42 с.

4. Коруц У.З. Теоретичні аспекти регулювання права особи на справедливий судовий розгляд у національному праві та практиці Європейського суду з прав людини. *Право і суспільство*. 2013. № 6-2. С. 371–375. URL: <http://pravoisuspilstvo.org.ua/index.php/archiv?id=38>
5. Сопільник Р.Л. Право на справедливий судовий розгляд в євроінтеграційному вимірі : моногр. Львів : Вид-во «Львівської політехніки», 2014. 260 с.
6. Грень Н.М. Реалізація права людини на справедливий суд шляхом процедури присудової медіації: теоретико-правове дослідження : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01 «Теорія та історія держави і права; історія політичних і правових учень». Львів, 2017.
7. Висновок № 1 (2001) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету міністрів Ради Європи про стандарти незалежності судової влади та незмінюваності суддів. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_a52/card5#Links
8. Європейська хартія «Про статус суддів» від 10 червня 1998 р. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/994_236
9. Коментарі щодо Бангалорських принципів поведінки суддів: Управління ООН з наркотиків та злочинності, вересень 2007 р. URL: <http://rsu.gov.ua/uploads/article/komentaribangalorski-9818bfbb11.pdf>
10. Case of «Salaman v United Kingdom», decision of European Court of Human Rights of 15 June 2000. URL: <http://en.datocapital.com/uk/executives/Clement-Salaman.html>
11. Pasquini v. San Marino, no. 50956/16, 02 May 2019. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-192787>
12. Гришук О.В. Конвергенція справедливості і права: філософсько-правовий аспект : монографія / О.В. Гришук, З.А. Добош. Хмельницький університет управління та права, 2013. 269 с.

ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД ТА ЙОГО ЕЛЕМЕНТИ

THE RIGHT TO A FAIR TRIAL AND ITS COMPONENTS

Васіліу К.Є., студентка III курсу
господарського-правового факультету*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

У статті здійснено аналіз права на справедливий судовий розгляд відповідно до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Визначено, що саме право на справедливий судовий розгляд посідає одне з найважливіших місць серед інших прав людини, бо його зміст вказує на те, що будь-яке порушене право може бути відновлене за допомогою певної справедливої процедури. Також у статті з'ясовано зміст права особи на справедливий судовий розгляд у вузькому і широкому значенні, виокремлено ознаки об'єктів, на які поширюється це право. Визначено, що право на справедливий судовий розгляд є комплексним поняттям, що складається із сукупності елементів: необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи, належна (справедлива) судова процедура, публічний судовий розгляд, розумний строк судового розгляду, розгляд справи незалежним і безстороннім судом, встановлений законом. Єдиного підходу до класифікації цих елементів немає, проте найбільш прийнятним є поділ на інституційні та процедурні компоненти.

Особливу увагу було зосереджено на елементах права на справедливий судовий розгляд. Аналіз цих елементів було зроблено на основі практики ЄСПЛ щодо оцінки їх дотримання та реалізації національними судами. Першим елементом було розглянуто право на доступ до суду як необтяженої юридичними та економічними перешкодами можливості звернення особи до суду для захисту своїх прав та свобод. Наступний елемент – належна судова процедура, що включає обґрунтованість рішення, належне сповіщення та слухання, прийняття доказів, які отримані законним шляхом, принцип рівності можливостей та принцип змагальності, невтручання органів держави у судовий процес, принцип правової визначеності. Публічність судового розгляду включає відкритий розгляд справи, усність процесу та публічність рішення. Для з'ясування того, чи було дотримано розумний строк судового розгляду (елемент права на справедливий судовий розгляд), ЄСПЛ має відповісти на два питання: який період береться до уваги і чи був такий період розумним відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції. І останній елемент права на справедливий судовий розгляд – розгляд справи незалежним та безстороннім судом, встановленим законом, відповідно до якого суд має діяти на підставі закону, в межах своєї юрисдикції та законним складом суду, а також бути незалежним (враховується спосіб призначення членів суду, строк перебування на посаді, існування гарантій від зовнішнього впливу та наявність у суду і зовнішніх ознак незалежності) та неупередженим (має бути безстороннім суб'єктивно та об'єктивно).

Ключові слова: справедливий судовий розгляд, Європейський суд із прав людини, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, доступ до судової установи, справедлива судова процедура, публічність, розумний строк, незалежний і безсторонній суд, встановлений законом.

The article analyzes the right to a fair trial in accordance with the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. It is determined that the right to a fair trial is one of the most important among other human rights, because its content indicates that any violated right can be restored through a fair trial. The article also clarifies the content of the right of a person to a fair trial in the narrow and broad sense, highlights the features of the objects to which this right applies. It is determined that the right to a fair trial is a complex concept consisting of a set of elements: unencumbered legal and economic barriers to access to a judicial institution, proper (fair) court proceedings, public trial, reasonable time, independent and impartial, established by law. There is no single approach to the classification of these elements, but the most accepted is the division into institutional and procedural aspects.

Particular attention was paid to the elements of the right to a fair trial. The analysis of these elements was made on the basis of their practical implementation in the practice of the European Court of Human Rights. The first element was considered the right of access to court – unencumbered by legal and economic obstacles the possibility of a person to go to court to protect their rights and freedoms. The next element is proper judicial procedure, which includes: reasonableness of the decision, proper notification and hearing, acceptance of evidence obtained legally, the principle of equality of opportunity and adversarial principle, non-interference of state bodies in the judicial process, the principle of legal certainty. Publicity of the trial – includes open hearing, oral procedure and publicity of the decision. In order to ascertain whether a reasonable time limit has been observed (element of the right to a fair trial), the ECtHR must answer two questions: what period is taken into account and whether such a period was reasonable under p. 1 art. 6 of the Convention. And the last element of the right to a fair trial – consideration of the case by an independent and impartial court established by law – the court must act on the basis of law, within its jurisdiction and the legal composition of the court, and be independent (taking into account the appointment of members of the court, the existence of guarantees against external influence and the presence in court of external signs of independence) and impartial (must be impartial subjectively and objectively).

Key words: fair trial, European Court of Human Rights, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, access to justice, fair court proceedings, publicity, reasonable time, independent and impartial court established by law.

Вступ. Відповідно до ст. 1 та 8 Конституції Україна є правовою державою, в якій визнається та діє принцип верховенства права. Однією з ознак такої держави є забезпечення права на справедливий судовий розгляд. Відповідно до ст. 4 Цивільного процесуального кодексу кожна особа має право в порядку, встановленому цим Кодексом, звернутися до суду за захистом своїх порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод та інтересів.

17 липня 1997 р. Україна ратифікувала Конвенцію про захист прав людини та основних свобод від 4 листопада 1950 р. і тим самим взяла на себе зобов'язання гарантувати права, закріплені в ній, та визнала юрисдикцію Європейського суду з прав людини з питань тлумачення й застосування цієї Конвенції. Це має виключне значення для цивільного судочинства в нашій державі.

Право на справедливий судовий розгляд посідає одне з найважливіших місць серед інших прав людини, бо його зміст вка-

зує на те, що будь-яке порушене право може бути відновлене за допомогою певної справедливої процедури. Якщо в державі відсутня така ефективна та справедлива процедура захисту і відновлення порушеного права, то це означає, що будь-які інші права, гарантовані цією державою, є декларативними. Ці обставини зумовлюють підвищену увагу до вивчення права на справедливий судовий розгляд та його реалізацію.

Різним аспектам реалізації права на справедливий судовий розгляд приділяли увагу у своїх працях такі вчені: В. Городовенко, Т. Цувіна, В. Комаров, Н. Сакара, Е. Трегубов, Г. Бережанський, І. Гриценко, Н. Грень, О. Кучинська, У. Коруц, В. Михайленко, М. Погорецький, О. Прокopenко, Н. Сиза та інші. Проте сталого та однозначного підходу щодо змісту, класифікації та характеристики структурних елементів щодо права на справедливий судовий розгляд серед науковців немає. А тому нині ця тема є доволі актуальною для обговорення серед вчених.

Метою наукової статті є дослідження змісту права на справедливий судовий розгляд, класифікація структурних елементів цього права та їх детальна характеристика з урахуванням норм Конвенції про захист прав та основоположних свобод, практики Європейського суду з прав людини та імплементація відповідних норм у національне законодавство.

Вклад основного матеріалу дослідження. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. (далі – Конвенція) є головним міжнародно-правовим актом, що регламентує механізм захисту прав і свобод людини. Відповідно до ч. 1 ст. 6 Конвенції 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. Судове рішення проголошується публічно, але преса і публіка можуть бути не допущені в зал засідань протягом усього судового розгляду або його частини в інтересах моралі, громадського порядку чи національної безпеки в демократичному суспільстві, якщо того вимагають інтереси неповнолітніх або захист приватного життя сторін, або тією мірою, що визнана судом суворо необхідною, коли за особливих обставин публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя [1].

Українське законодавство не розкриває зміст права на справедливий судовий розгляд у конкретній правовій нормі, проте втілює і закріплює окремі його складники в різних нормативно-правових актах. З цього приводу вдало висловився В. Городовенко, який зауважує, що Конституція України, прямо не визнавши принципу справедливості, втілила численні його складники у розділах I «Загальні засади» і II «Права, свободи та обов'язки людини і громадянина» [2, с. 23]. Захист невід'ємних прав і свобод людини покладено на суд, що закріплено в судовій процедурі і процесуальному законодавстві. Зокрема, закріплений у ст. 7 Закону України «Про судову систему і статус суддів» справедливий та неупереджений розгляд справ у розумні строки, встановлені законом, є складником права на судовий захист. Справедливість, добросовісність та розумність визначаються засадами цивільного законодавства (ст. 3 ЦК України). Згідно зі ст. 2 Цивільного процесуального кодексу (далі – ЦПК) України завданням цивільного судочинства є справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і вирішення цивільних справ із метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави [3].

За допомогою аналізу ч. 1 ст. 6 Конвенції можна з'ясувати коло об'єктів, судовий захист яких має відбуватися з дотриманням вимог справедливого судового розгляду. Такими об'єктами є права і обов'язки, які мають цивільно-правовий характер. Сучасна практика Європейського суду з прав людини свідчить про те, що як «цивільні права та обов'язки», крім позовів, що безпосередньо впливають із приватноправових відносин у класичному розумінні слова (право власності, сімейне право та інше), можуть розглядатися й будь-які інші позови, наслідки яких впливають на права та обов'язки, що мають приватний характер. Наприклад, у справі Ле Конт, Ван Льовен і Де Меер проти Бельгії, де Рада Ордену лікарів висунула обвинувачення лікарям у дисциплінарних правопорушеннях, визнала їх винними й наклала санкції у вигляді позбавлення права займатися професійною діяльністю, Європейський суд встановив наявність спору про «цивільні права та обов'язки». У рішенні зазначалося, що лікарі, які практикують як особи вільної професії, реалізують своє право на зайняття лікарняною практикою в приватних правовідносинах із клієнтами та пацієнтами; відповідно до права

Бельгії такі відносини зазвичай мають форму договірних чи квазидоговірних відносин та в будь-якому випадку встановлюються безпосередньо між окремими особами; публічна влада не може яким-небудь суттєвим чи визначальним чином втручатися в цей процес. Отже, йдеться про право, що має приватний характер, незалежно від специфіки професії лікаря, її суспільного значення та тих особливих обов'язків, які з нею пов'язані [4, с. 10].

Щоб дія згаданої вище статті поширювалась на певну справу, остання має відповідати певним критеріям: 1) оспорюване право або обов'язок мають бути передбачені національним законодавством; 2) наявність спору про право; 3) справа має стосуватися визначення цивільних прав та обов'язків; 4) певні права та обов'язки мають тлумачитися практикою ЄСПЛ як цивільні [5, с. 992].

Згідно з ч. 1 ст. 19 ЦПК України суди розглядають у порядку цивільного судочинства справи про захист порушених, невизнаних чи оспорюваних прав, свобод чи інтересів, що виникають із цивільних, житлових, земельних, сімейних, трудових відносин, а також з інших правовідносин, крім випадків, коли розгляд таких справ проводиться за правилами іншого судочинства. Розгляд цих справ здійснюється в порядку окремого, наказного і позовного провадження [3]. З огляду на положення ЦПК про те, що у справах наказного та окремого провадження відсутній спір про право, можна стверджувати, що гарантії, закріплені в п. 1 ст. 6 Конвенції, поширюються лише на справи позовного провадження.

Право на справедливий судовий розгляд можна розглядати в широкому та вузькому значенні. У широкому сенсі право закріплено в п. 1 ст. 6 Конвенції і його часто ототожують із правом на доступ до суду із дотриманням вимог, визначених у зазначеній статті. У вузькому сенсі право на справедливий судовий розгляд охоплює лише «справедливу» судову процедуру, а також вимоги незалежності та безсторонності суду, публічності й розумності строку судового розгляду [6, с. 71].

Науковці не заперечують, що право на справедливий судовий розгляд є комплексним поняттям, яке складається з сукупності елементів. Ці елементи текстуально у п. 1 ст. 6 Конвенції не згадуються, але вони були вироблені практикою Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). До них зараховуємо необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи, належну (справедливу) судову процедуру, публічний судовий розгляд, розумний строк судового розгляду, розгляд справи незалежним і безстороннім судом, встановленим законом.

Аналізуючи масив рішень ЄСПЛ, можна виокремити такі аспекти права на справедливий судовий розгляд:

1) інституційний – вимоги, що висуваються до суду як певного інституту демократичного суспільства і складу суду для розгляду справи. До них можемо зарахувати право на доступ до суду, незалежність і безсторонність суду, створення суду на основі закону;

2) процедурний – вимоги, що висуваються до процедури відправлення правосуддя у цивільних справах. До них належать належна (справедлива) судова процедура, публічний судовий розгляд, розумний строк розгляду справи.

Надалі пропонуємо більш детально зупинитися на елементах права на справедливий судовий розгляд. Першим елементом є необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи. Іншими словами, особа матиме справедливий судовий розгляд, якщо матиме реальний доступ до судової установи, який не обмежений юридичними та економічними перешкодами. Юридичними перешкодами є існування в національному законодавстві норм, що виключають можливість розгляду справи з юрисдикції певного суду та наявність норм, які дають змогу відкрити провадження у справі (додержання позовної давності, необхідність подати справу до суду, до

юрисдикції якого вона належить тощо). Право на доступ до суду не може бути абсолютним, а може бути обмеженим. З цього приводу ЄСПЛ наголошує, що по-перше, обмеження, запроваджені державою, не мають взагалі позбавляти особу права на захист, тобто мають залишатися певні альтернативні способи захисту. По-друге, обмеження повинні мати правомірну мету та бути пропорційними між засобами та досягнутою метою. Так, відповідно до ч. 2 ст. 124 Конституції України, юрисдикція судів поширюється на будь-який юридичний спір та будь-яке кримінальне обвинувачення [7], що свідчить про необмеженість судової юрисдикції, а тому кожна особа може звернутися саме до суду для захисту свого права. Водночас цілком правомірними є встановлені національним законодавством обмеження щодо певних строків звернення до суду за захистом, щодо форми та змісту позовної заяви тощо.

Економічними перешкодами є сплата судових витрат, внесення грошей на депозит суду, дорожняча правової допомоги, обов'язкова участь адвоката у справі тощо. ЄСПЛ не вказує на те, що норми, які передбачають економічні перешкоди, слід скасувати, а лише вказує на розумний розмір коштів при сплаті. Тобто розмір сплачених коштів має бути пропорційним праву, яке захищається. Наприклад, у ЦПК є норми, що надають розстрочку чи відстрочку сплати судових витрат, а також передбачають звільнення від їх сплати. Держава своєю чергою має створити належні механізми правової допомоги, а також можливість застосувати спрощену процедуру розгляду справи, що забезпечить позивачу реальний доступ до суду.

Наприклад, щодо економічних перешкод ЄСПЛ у справі «Ейрі проти Ірландії» вказав, що особисте представництво у справі не дає заявниці ефективного доступу до суду, а тому не є засобом захисту порушеного права [8, с. 19]. Щодо юридичних перешкод, то ЄСПЛ у справі «Вінтерверп проти Нідерландів» зазначив, що хоч яким було би виправдання для позбавлення психічно хворої особи дієздатності щодо управління своїм майном, гарантії, викладені у п. 1 ст. 6, мають поважатися. Тим часом психічна хвороба може узаконити певні обмеження на здійснення «права на суд», але це не виправдує цілковитої відсутності такого права, як зазначено у п. 1 ст. 6 Конвенції [8, с. 14].

Наступним елементом є належна судова процедура. Даючи тлумачення поняттю «справедливий судовий розгляд» у вузькому значенні, Європейський суд виділяє кілька вимог, які доцільно об'єднати в чотири групи, враховуючи фундаментальні принципи належної правової процедури, вироблені американською доктриною та судовою практикою Верховного Суду США, а також англійською концепцією природної справедливості [9, с. 63].

Першим елементом належної судової процедури можна виділити групу вимог: обґрунтованість рішення, належне сповіщення та слухання, прийняття доказів, які отримані законним шляхом. Так, наприклад, ЄСПЛ у справі «Стрижак проти України» встановив порушення п. 1 ст. 6 Конвенції з огляду на відмову національних органів повідомити заявника про дату та час слухання справи [8, с. 11].

Другим елементом належної судової процедури є принцип рівності можливостей та принцип змагальності. Принцип рівності можливостей передбачає надання сторонам можливості представляти свою справу в умовах, що не дають їй переваг перед опонентом, а принцип змагальності – рівну можливість сторін висловлювати свою думку по справі, надавати докази та заперечення, висловлюватися щодо їх змісту та достовірності тощо.

Наступним елементом є невтручання органів держави в судовий процес. Ця вимога передбачає невтручання органів держави, коли останні є сторонами по справі, невтручання шляхом звільнення однієї сторони від виконання зобов'язань за відсутності на те згоди іншої сторони тощо. Так, у справі «Грецькі нафтопереробні заводи Стрен

і Стратіс Андреадіс проти Греції» ЄСПЛ визнав порушенням п. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини та основних свобод і втручанням у процес здійснення правосуддя прийняття Парламентом Закону № 1701/1987, який передбачив, що арбітражні рішення, винесені за преференційними контрактами, укладеними під час воєнного режиму, позбавляються сили після того, як справа заявників знаходилася вже на розгляді в касаційному суді і суддя-доповідач направив сторонам висновок, що був на користь позивачів, оскільки вказаний закон визначив благоприємний для держави результат судового розгляду, в якому вона була однією із сторін [8, с. 18].

І останнім елементом є принцип правової визначеності, що означає рішення суду, винесене по певній справі, є остаточним і не підлягає сумніву, і має безповоротно виконуватись.

Далі пропоную розглянути такий елемент справедливого судового розгляду, як публічність. Першою вимогою засади публічності є відкритий режим судового засідання, тобто до зали судового засідання мають допускатися сторони, їх представники та усі бажаючі. Також це передбачає належне сповіщення сторін у справі. Слід зазначити, що п. 1 ст. 6 Конвенції не перешкоджає проведенню закритих судових засідань, якщо це передбачено законом. Наступна вимога публічності – усність судового процесу, щоб сторони могли висловлювати свої думки, обмінюватися своїми судженнями, давати пояснення суду тощо. І остання вимога – рішення суду має проголошуватися публічно, незалежно від того, чи це відкритий чи закритий судовий розгляд справи. Наприклад, у справі «Претто та інші проти Італії» Касаційний суд постановив своє рішення після проведення відкритого слухання, і, попри те, що рішення про відхилення скарги з питань права не було оголошене на відкритому засіданні суду, будь-яка особа могла ознайомитися з цим рішенням або отримати його копію, звернувшись до канцелярії суду. На думку Суду, за таких обставин мета п. 1 ст. 6 Конвенції, а саме: забезпечення публічного контролю за судовою владою з метою гарантування права на справедливий судовий розгляд стає, принаймні стосовно касаційних проваджень, не менш досяжною, коли рішення передається на зберігання до канцелярії суду, завдяки чому повний текст судового рішення стає доступним для будь-якої особи, ніж коли на відкритому судовому засіданні зачитується рішення про відхилення скарги або скасування попереднього рішення; інколи це зводиться лише до зачитування резолютивних положень [8, с. 55].

Слід зазначити, що принцип публічності закріплений у ст. 7 ЦПК «Гласність судового процесу» та ст. 8 ЦПК «Відкритість інформації щодо справи» [3].

Наступним елементом права на справедливий судовий розгляд є розумний строк судового розгляду. Цей принцип закріплений у ст. 2 ЦПК як основна засада цивільного судочинства. Вирішуючи, чи був дотриманий розумний строк, ЄСПЛ має відповісти на два питання: який період береться до уваги і чи був такий період розумним відповідно до п. 1 ст. 6 Конвенції?

Для відповіді на перше питання варто визначити початок відповідного терміну, який зазвичай розпочинається з моменту подачі заяви до компетентного суду, якщо тільки подання заяви не є передумовою для початку проваджень, у такому разі термін провадження може включати обов'язковий попередній адміністративний розгляд (Рішення ЄСПЛ у справі «Кьоніг проти Німеччини») [8, с. 57]. Отже, період, який включається до поняття розумності, може розпочатися задовго до подання позовної заяви і початку судового провадження. Щодо закінчення цього строку, то ЄСПЛ у справі «Нуутінен проти Фінляндії» вказав, що цей період триває аж до закінчення виконання судового рішення у певній справі [8, с. 61].

Для відповіді на питання щодо розумності тривалості судового провадження, ЄСПЛ виробив певні критерії:

1) складність справи. Цей критерій залежить від складності предмета доказування, обсягу фактів предмета доказування, кількості доказів. Так, наприклад, у справі «Претто проти Італії» ЄСПЛ не визнав порушенням критерію «розумності строку» розгляду справи про відступлення землі протягом трьох років шести місяців та п'яти днів, оскільки юридична проблема була складною [8, с. 58];

2) поведінка заявника. Наприклад, у справі «Юніон Еліментарія Сандерс проти Іспанії» ЄСПЛ зазначив, що заявник зобов'язаний лише демонструвати готовність брати участь на всіх етапах розгляду, що мають безпосереднє відношення до нього, утримуватися від використання прийомів зволікання справи, а також максимально використовувати всі засоби внутрішнього законодавства для прискорення процедури слухання [8, с. 59];

3) дії відповідних органів влади. Лише відстрочування за виною держави може стати підставою для порушення вимоги стосовно «розумного строку» (Рішення ЄСПЛ у справі «Buchholz проти Німеччини») [8, с. 59]. Інколи затримка розгляду справи може бути викликана перевантаженістю судової системи, що не може бути підставою для відповідальності договірних сторін;

4) значущість питання для заявника чи особливе становище сторони у справі. У своїх справах ЄСПЛ зазначає, що без зволікань мають розглядатися питання про піклування про дітей і права доступу до них («Нуутінен проти Фінляндії»), трудові спори («Карнаушенко проти України») та справи, пов'язані з травматизмом («Дульський проти України»), а також інші справи, при розгляді яких важлива терміновість [8, с. 61].

І останній елемент права на справедливий судовий розгляд – розгляд справи незалежним та безстороннім судом, встановленим законом. Судом є будь-який юрисдикційний орган, який вирішує питання, що заховані законодавством до його компетенції відповідно до встановленої процедури. Суд, встановлений законом, означає, що він має правову основу свого функціонування, а також діє в межах своєї предметної, територіальної та функціональної юрисдикції, й у законному складі суду.

Варто зазначити, що будь-який суд ще має відповідати вимогам незалежності та неупередженості. У процесі визначення того, чи може суд вважатися «незалежним», слід враховувати спосіб призначення членів суду, строк перебування на посаді, існування гарантій від зовнішнього впливу та наявність у суду і зовнішніх ознак незалежності. Стосовно вимоги «неупередженості» суду Європейський суд виділив два аспекти. По-перше, орган, який розглядає справу, має бути безстороннім суб'єктивно, тобто жоден його член не повинен мати будь-якої особистої зацікавленості або упередженості. Вважається, що суддя є неупередженим, якщо немає доказів, які б свідчили про протилежне. По-друге, такий орган має також бути неупередженим з об'єктивного погляду, тобто він має надати достатні гарантії, які б виключали будь-які законні сумніви стосовно цього [6, с. 78].

Так, наприклад, рішенням у справі Буюкдаг проти Туреччини Європейський суд із прав людини зазначив, що право заявниці на слухання її справи «незалежним і безстороннім судом», гарантоване п. 1 ст. 6, було порушено, оскільки справу розглядав суд державної безпеки, який складався із трьох членів, включаючи військового суддю.

Хоч статус військових суддів у судах державної безпеки і передбачає гарантії незалежності і безсторонності, певні риси статусу таких суддів ставлять під сумнів їхню незалежність і безсторонність. Наприклад, це підтверджується тим, що військові судді належать до збройних сил, які своєю чергою підпорядковані виконавчій владі, що вони не звільнені від обов'язку додержуватися військової дисципліни, а також тим, що їхнє призначення здебільшого залежить від рішень, що приймаються адміністративними органами і збройними силами [4, с. 37].

Визначені елементи права на справедливий судовий розгляд характеризуються складністю і взаємопов'язаністю, що спрямовані на здійснення належного судового розгляду для захисту порушених, невизнаних чи оспорюваних прав та свобод людини.

Висновки. Право на справедливий судовий розгляд є одним із найголовніших, оскільки без нього усі інші права залишаються просто незахищеними. Право на справедливий судовий розгляд можна розглядати в широкому значенні (передбачено у п. 1 ст. 6 Конвенції) та вузькому значенні (охоплює лише поняття «справедлива судова процедура»). З позиції ЄСПЛ право на справедливий суд являє собою сукупність елементів, а саме: необтяжений юридичними та економічними перешкодами доступ до судової установи, належна (справедлива) судова процедура, публічний судовий розгляд, розумний строк судового розгляду, розгляд справи незалежним і безстороннім судом, встановленим законом. Ці елементи науковці часто поділяють на інституційні і процедурні. За допомогою аналізу ч. 1 ст. 6 Конвенції можна з'ясувати, що об'єкти, судовий захист яких має відбуватися з додержанням вимог справедливого судового розгляду, повинні мати цивільно-правовий характер.

Право на доступ до суду – необтяжена юридичними та економічними перешкодами можливість звернення особи до суду для захисту своїх прав та свобод.

Публічність передбачає відкритий розгляд справи, усність процесу та публічність рішення.

Належна судова процедура включає обґрунтованість рішення, належне сповіщення та слухання, прийняття доказів, які отримані законним шляхом, принцип рівності можливостей та принцип змагальності, невтручання органів держави у судовий процес, принцип правової визначеності.

Розумний строк судового розгляду означає, що для вирішення питання, чи був строк розумний, необхідно відповісти на питання, який строк беремо до уваги і чи був такий строк розумний. Критеріями розумності тривалості судового провадження є складність справи, поведінка заявника, дії відповідних органів влади, значущість питання для заявника чи особливе становище сторони у справі.

Розгляд справи незалежним та безстороннім судом, встановленим законом, передбачає, що суд має діяти на підставі закону, в межах своєї юрисдикції та законним складом суду, а також бути незалежним (враховується спосіб призначення членів суду, строк перебування на посаді, існування гарантій від зовнішнього впливу та наявність у суду і зовнішніх ознак незалежності) та неупередженим (має бути безстороннім суб'єктивно та об'єктивно).

Право на справедливий судовий розгляд є комплексним поняттям, що характеризується складністю та взаємопов'язаністю його елементів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: підписана членами Ради Європи від 04.11.1950 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 04.04.2021 р.).
2. Городовенко В.В. Принципи справедливості судової влади: загальнотеоретичні аспекти. *Адвокат*. 2012. № 2. С. 20–24.
3. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 04.04.2021).
4. Комаров В.В., Сакара Н.Ю. Право на справедливий судовий розгляд : навчальний посібник. Харків : Національна юридична академія України, 2007. 42 с.
5. Цувіна Т.А. Право на суд в цивільному судочинстві. *Форум права*. 2012. № 4. С. 990–999.

6. Курс цивільного процесу : підручник / В.В. Комаров, В.А. Бігун, В.В. Баранкова та ін. ; за ред. В.В. Комарова. Харків : Право, 2011. 1352 с.
7. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
8. Посібник зі ст. 6 «Право на справедливий суд» (цивільна частина) / Рада Європи; Європейський суд із прав людини. 2013. 77 с. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_UKR.pdf
9. Сакара Н.Ю. Належна судова процедура як елемент доступності правосуддя. *Юридична Україна*. 2004. № 3. С. 63–67.

**СПОСОБИ ЗАХИСТУ ВІД ПОШИРЕННЯ НЕДОСТОВІРНОЇ ІНФОРМАЦІЇ:
ПРОБЛЕМНІ АСПЕКТИ В КОНТЕКСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА****WAYS OF PROTECTION AGAINST SPREADING OF FALSE INFORMATION:
ISSUES IN THE CONTEXT OF NATIONAL LEGISLATION**

Головченко Т.О., студентка III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Лукаш Є.Ю., студентка III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Формування способів захисту цивільних прав та охоронюваних законом інтересів, а саме такого немайнового блага, як інформація, пов'язано з низкою питань, зокрема й теоретико-практичного характеру. Одна з основних проблем вироблення такої теорії – відсутність єдиного механізму, який би визначав захист від недостовірної інформації. Незважаючи на велику кількість праць, присвячених дослідженню цього питання, необхідно констатувати, що в юридичній літературі так і не сформовано єдиного підходу стосовно застосування способів захисту від недостовірної інформації. Авторами здійснено огляд нормативно-правових актів, у яких закріплено способи захисту від недостовірної інформації, висвітлення їх різноманітного та спільного характеру для вироблення цілісного уявлення зазначеного поняття.

Особлива увага приділяється захисту від недостовірної інформації в мережі Інтернет, оскільки це питання є актуальним, урахувавши специфіку свободи слова в глобальній мережі. Предметом дослідження стали такі способи: право на відповідь, спростування недостовірної інформації, заборона розповсюдження недостовірної інформації. Динамічний розвиток інституту захисту від недостовірної інформації призвів до появи нового способу – видалення інформації, який поки що не знайшов свого законодавчого втілення. З огляду на це, у статті порушується актуальне питання щодо необхідності нормативного врегулювання «видалення» інформації з мережі Інтернет не тільки як способу захисту від недостовірної інформації загалом, а й від її активного поширення в майбутньому з метою захисту честі, гідності, ділової репутації особи.

В обґрунтування деяких проблем автори наводять приклади із судової практики та роблять відповідні висновки щодо деяких питань, які не знайшли своє нормативного врегулювання, пропонують шляхи вдосконалення чинного законодавства. Авторами зроблено висновок, що право особи на захист від недостовірної інформації обґрунтовується самою правовою природою людини. Це право є багатоманітним і містить у собі різні способи захисту, які, однак, потребують свого розширення.

Ключові слова: інформація, недостовірна інформація, право на відповідь, спростування інформації, заборона розповсюдження, право на захист, немайнове благо.

The formation of ways to protect civil rights and legally protected interests, and especially such intangible benefits as information is associated with a number of issues, including theoretical and practical. One of the main problems in developing such a theory is the lack of a single mechanism that would determine protection against inaccurate information. Despite the large number of research papers devoted to the study of this issue, it should be noted that in the legal literature has not been formed a single approach to the use of methods to protect against unreliable information. The authors reviewed the laws, which contain ways to protect against unreliable/false information, highlight their heterogeneous and common nature to develop a general view of this concept.

Particular attention was paid to protection against inaccurate information on the Internet. This issue is relevant due to the specifics of freedom of speech on the Internet. The subject of the study was the following methods: the right to reply, a disproof of unreliable information, a prohibition of spreading of unreliable information. The dynamic development of the institution of protection against unreliable information has led to the emergence of a new method - the deleting of information. This method has not yet found its legislative embodiment. In view of this, the article raises the topical issue of the need for regulation of "deletion" of information from the Internet not only as a way of protection against unreliable information in general, but from its active spreading in the future in order to protect the honor, dignity, business reputation of the person.

In reasoning of existence of some problems, the authors give examples from case law and draw conclusions on some issues that have not found settlement in Ukrainian legislation, suggest ways to improve existing legislation. The authors conclude that a person's right to protection from unreliable information is justified by the legal nature of man. This right is diverse and includes various means of protection, which, however, need to be extended.

Key words: the information, unreliable information, right to reply, disproof of unreliable information, a prohibition of spreading of unreliable information, the right to defense.

Постановка проблеми. Право вільно збирати, зберігати, використовувати й поширювати інформацію усно, письмово або в інший спосіб – на свій вибір – гарантується кожному. Будь-яка інформація повинна поширюватися з дотриманням законодавчих норм про її достовірність і не порушувати права інших осіб. У сучасному суспільстві інформація є не лише цінним немайновим благом для кожної людини, а й важливим стратегічним ресурсом багатьох країн світу, й України в тому числі.

Ураховуючи умови сьогодення, розповсюдження інформації в суспільстві набуває гнучкого та динамічного характеру, однак дедалі частіше виникають випадки поширення недостовірної інформації. В абзаці 3 статті 32 Конституції України для кожного громадянина чітко закріплені гарантії судового захисту, що пов'язані з правом на спростування недостовірної інформації про себе і членів

своєї сім'ї та правом вимагати вилучення будь-якої інформації [1]. Необхідно враховувати той факт, що інформаційний вплив набуває більш агресивного характеру в умовах сьогодення у зв'язку з постійною циркуляцією великого обсягу інформації в публічному просторі. Особливу увагу привертає поширення останньої саме в мережі Інтернет, оскільки в цьому випадку ми говоримо про його специфічні особливості, характерні риси: швидкість розповсюдження інформації, особливості пов'язані із суб'єктом поширення інформації та способами притягнення до юридичної відповідальності в разі розповсюдження неправдивої інформації. Інформація завжди була ефективним інструментом впливу, тому, з огляду на це, інформаційна безпека сьогодні стає пріоритетною не лише для кожної окремої людини, а й держави загалом. Тому в державі виникає обов'язок розробити систему засобів захисту від

поширення недостовірної інформації та забезпечити нормальне функціонування такого механізму.

Актуальність теми. Захист осіб від поширення недостовірної інформації завжди був актуальним, сьогодні залишається таким. Популяризація інформаційного суспільства безпосередньо пов'язана з розвитком деструктивних інформаційних технологій, пов'язаних із розповсюдження дезінформації та інформації, яка містить недостовірні відомості, що можуть порушувати честь і гідність особи, її ділову репутацію. До того ж варто зауважити, що використання деяких способів захисту від недостовірної інформації не знайшли своєї чіткої регламентації в законодавстві, хоча активно використовуються суддями під час розгляду окремих категорій справ. Актуальність у цій царині підтверджуються великою кількістю наукових праць. Зокрема, дослідженню в теоретичній і практичній сферах захисту осіб від недостовірності інформації присвячені наукові роботи А.О. Аносова, А.О. Білецької, З.М. Бржезької, Г.І. Гайдурі, Л.О. Данильчук, Р.Р. Дробожура, Н.І. Логінової, Л.А. Микитенко, З.В. Партики, В.С. Політанського, М.М. Полудьонного.

Метою статті є аналіз уже наявних способів захисту особи від поширення недостовірної інформації на основі вивчення й узагальнення доктринального доробку юридичної науки, чинного законодавства та судової практики. Для досягнення вказаної мети поставлено такі основні завдання:

- 1) здійснення аналізу загального права особи на інформацію;
- 2) визначення терміна «недостовірність» зі співвідношенням із поняттям «інформація»;
- 3) аналіз законодавчо визначених способів захисту особи від поширення недостовірної інформації;
- 4) вивчення практичних питань щодо захисту від недостовірної інформації шляхом аналізу судової практики;
- 5) виокремлення проблематики у сфері застосування різних способів захисту від поширення недостовірної інформації.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 1 Закону України (далі – ЗУ) «Про інформацію», інформація – будь-які відомості й/або дані, які можуть бути збережені на матеріальних носіях або відображені в електронному вигляді [2].

Одним із принципів, що ставиться у вимогу до поширення інформації, є її достовірність. Поняття «достовірності» є досить оціночним поняттям, оскільки, що правильне для одного, може бути неправильним для іншого. Крім того, у чинному законодавстві України не визначено поняття «достовірність». Однак науковці тлумачать і розуміють це поняття по-різному. Так деякі вчені визначають «достовірність» як властивість інформації, яка визначає ступінь об'єктивного, точного відображення подій, фактів, що мали місце; відсутність помилок та упереджених суджень [3]; відповідність дійсності [4]; відповідність, адекватність та ідентичність отриманих даних фактичним умовам або властивість інформації, яка визначає ступінь об'єктивного, точного відображення подій, фактів, що мали місце [5]. Отже, достовірність можна розуміти як правдиве відображення дійсності як на матеріальних носіях, так і при усній передачі інформації. Достовірність має бути об'єктивною категорією та не залежати від сприйняття інформації особою, а також від способу її передавання. Згідно з положенням Постановки 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 27.02.2009 № 1, недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекохані) [6]. Разом із тим, згідно з части-

нами першою та другою статті 30 ЗУ «Про інформацію», ніхто не може бути притягнутий до відповідальності за висловлення оціночних суджень. Оціночними судженнями, за винятком наклепу, є висловлювання, які не містять фактичних даних, критика, оцінка дій, а також висловлювання, що не можуть бути витлумачені як такі, що містять фактичні дані, зокрема, з огляду на характер використання мовностилістичних засобів (уживання гіпербол, алегорій, сатири). Оціночні судження не підлягають спростуванню та доведенню їх правдивості [2].

Згідно з частиною 1 статті 16 Цивільного кодексу України (далі – ЦКУ), кожна особа має право звернутися до суду за захистом особистого немайнового або майнового права й інтересу [7]. ЦКУ також визначено перелік способів захисту свого оспорюваного, невизнаного чи порушеного права, цей перелік не є вичерпним, і судом можуть застосовуватися інші способи захисту. Що стосується захисту саме від недостовірної інформації, яка була так чи інакше доведена до відома інших людей, то варто зазначити статтю 277 ЦКУ, у якій визначається, що фізична особа, особисті немайнові права якої порушено внаслідок поширення про неї та (або) членів її сім'ї недостовірної інформації, має право на відповідь, а також на спростування цієї інформації. Вибір способу захисту особистого немайнового права, зокрема права на повагу до гідності й честі, права на недоторканність ділової репутації, належить позивачеві. Разом із тим особа, право якої порушено, може обрати як загальний, так і спеціальний способи захисту свого права, визначені законом, який регламентує конкретні цивільні правовідносини [6]. Однак усе ж такі частіше фізичні особи обирають спеціальні способи захисту.

Спеціальним способом захисту є право на відповідь особі, яка поширювала недостовірну інформацію. ЦКУ сьогодні не врегульовано питання про право на відповідь особі, адже більша увага приділена праву на спростування. Єдиним нормативно-правовим актом, який приділяє уваги цьому питанню, є Закон України «Про радіомовлення та телебачення». У статті 65 цього ж Закону зазначається, що громадянин або юридична особа, стосовно якого (якої) у програмі чи передачі телерадіоорганізації було поширено відомості, що не відповідають дійсності або порушують його (її) права й законні інтереси, має право на відповідь (коментар чи власне тлумачення обставин справи) у програмах і передачах цієї телерадіоорганізації незалежно від того, подано заяву з вимогою спростування чи ні [8]. Тобто право на відповідь і право власного тлумачення обставин на законодавчому рівні ототожнюються. Крім того, якщо ЦКУ встановлює право на відповідь будь-якої фізичної особи, то ЗУ «Про радіомовлення та телебачення» обмежує це право лише до громадян, але водночас встановлює таке право для юридичних осіб. Що стосується самого поняття «права на відповідь», то науковці трактують його по-різному. Так, на думку Р.О. Стефанчука, під правом на відповідь варто розуміти право на висвітлення власної точки зору щодо поширеної інформації та обставин порушеного особистого немайнового права [9].

Як уже зазначено раніше, захист від недостовірної інформації полягає в захисті від подій і явищ, відсутність чи наявність яких має бути підтверджена певними доказами, тобто не можна звертатися за захистом від оціночних суджень. Проте право на відповідь має й особа, про яку були висловлені оціночні судження. Так, у ЗУ «Про інформацію» зазначено: «Якщо особа вважає, що оціночні судження або думки принижують її гідність, честь чи ділову репутацію, а також інші особисті немайнові права, вона вправі скористатися наданим їй законодавством правом на відповідь, а також на власне тлумачення справи у тому самому засобі масової інформації з метою обґрунтування безпідставності поширених суджень, надавши їм іншу оцінку» [2]. Це положення надає особам додаткові

гарантії, а саме право на відповідь на негативну інформацію, незалежно від того чи відповідає така інформація дійсності. Якщо акцентувати свою увагу на понятті «негативна» інформація, то виникає питання: «Негативна інформація є недостовірною інформацією чи просто інформацією, яка має певний негативний відтінок?» Відповідно до частини 3 статті 277 ЦКУ, під негативною інформацією варто розуміти інформацію, у якій стверджувалося про порушення особою законодавства, норм співжиття чи моралі. Однак, оскільки ця норма виключена з чинного ЦКУ, то, відповідно, є незрозумілим, що є негативною інформацією, адже будь-яка – позитивна або негативна – інформація може бути як достовірною, так і недостовірною. Не відображено в правовому полі й таке поняття, як «дифамація». Науковці зазначають, що змістом поняття «дифамація» є поширення недостовірних фактичних відомостей, здатних принизити чи зганьбити честь, гідність і ділову репутацію. Якщо говорити про співвідношення дифамації та негативною інформації, то їх можна визначити як родове та видове. Негативна інформація є одним із видів дифамації, що здатна принизити чи зганьбити честь, гідність і ділову репутацію. У свою чергу, дифамаційна інформація є ширшим поняттям, ніж негативна, оскільки включає в себе будь-яку недостовірну інформацію, а не лише інформацію, у якій стверджується про порушення особою законодавства чи норм моралі. На законодавчому рівні абсурдно встановлювати прямий зв'язок між якісною характеристикою інформації та її відповідністю або невідповідністю дійсності. Право на відповідь, як і право на власне тлумачення, мають розглядатися якщо не як тотожні поняття, то хоча б у сукупності, адже не виявляється можливим надати певний коментар, аргумент, не висловивши власну думку із цього приводу. Крім того, право на відповідь повинно мати певні рамки, а саме така відповідь не повинна принижувати честь і гідність іншої особи, а також якщо це відповідь на телебаченні або по радіо, має бути встановлений час виступу, аби особа надала свою відповідь, якщо це друковані чи електронні матеріали, також має бути визначено кількість сторінок для відповіді. На нашу думку, це є необхідним, щоб право на відповідь реалізувалося виключно як інструмент захисту порушеного немайнового права, а не з будь-якими іншими цілями, які могли б говорити про зловживання правом на відповідь.

Другим спеціальним способом захисту від недостовірної інформації є спростування такої інформації. Спростування як спосіб захисту є найбільш поширеним. ЦКУ встановлює, що спростування недостовірної інформації здійснюється особою, яка її поширила, при цьому незалежно від вини цієї особи [7]. Головна відмінність права на спростування недостовірної інформації та права на відповідь полягає в тому, що при реалізації права на відповідь особа має право на висвітлення власної точки зору щодо поширеної інформації та обставин порушення особистого немайнового права без визнання її недостовірною, а також те, що недостовірну інформацію спростовує особа, яка її поширила, а відповідь дає особа, стосовно якої поширено інформацію.

Спростування недостовірної інформації полягає в тому, що особа, яка таку інформацію поширила на вимогу особи, про яку така інформація була розповсюджена, має визнати таку інформацію неправдивою у формі, що є ідентичною до форми чи адекватною формі поширення неправдивої інформації. Проте для виникнення в особи права на спростування потрібно визначити наявність сукупності таких умов:

- а) поширення інформації, тобто доведення її до відома хоча б одній особі в будь-який спосіб;
- б) поширена інформація стосується певної фізичної чи юридичної особи, тобто позивача;
- в) поширення недостовірної інформації, тобто такої, яка не відповідає дійсності;

г) поширення інформації, що порушує особисті немайнові права, тобто або завдає шкоди відповідним особистим немайновим благам, або перешкоджає особі повно і своєчасно здійснювати особисте немайнове право [6].

Для правильного розуміння умов виникнення права на спростування варто відзначити, що під поширенням інформації в контексті пункту 4 Постанови Пленуму ВСУ від 27.02.2009 № 1 варто розуміти опублікування її в пресі, передання по радіо, телебаченню чи з використанням інших засобів масової інформації; поширення в мережі Інтернет чи з використанням інших засобів телекомунікаційного зв'язку; викладення в характеристиках, заявах, листах, адресованих іншим особам; повідомлення в публічних виступах, в електронних мережах, а також в іншій формі хоча б одній особі. При цьому не вважається поширеною інформація, якщо вона була повідомлена особі, якої вона безпосередньо стосується [6].

Для спростування недостовірної інформації особа має право звертатися безпосередньо до суду, а також до радіо й телеорганізації, до інших засобів масового зв'язку, якими була поширена така інформація. Так, у ЗУ «Про радіомовлення та телебачення» зазначається, що громадянин або юридична особа мають право вимагати від телерадіоорганізації спростування поширених у її програмі чи передачі відомостей, які не відповідають дійсності й/або принижують честь і гідність особи. Також від імені особи заяву про спростування може подати її офіційний представник, але лише коли сама особа не має такої можливості. Особа має подати до телерадіоорганізації заяву про спростування інформації протягом 14 днів з дня поширення такої інформації, крім того, в особи з'являється обов'язок письмово повідомити про це Національну раду [8].

Однак телерадіоорганізація може відмовити заявнику в спростуванні інформації, за умови що заява складена в порушенням вимог законодавства, крім того, телерадіоорганізація набуває такого права, якщо особою пропущено строк подання такої заяви. Проте такі умови законодавства є досить суперечливими, оскільки захист порушеного немайнового права в разі розповсюдження недостовірної інформації повинен бути пріоритетним, ніж додержання формальних вимог щодо строків подачі заяви до телеорганізації. На нашу думку, у зв'язку з порушенням строку подачі заяви про спростування інформації ускладнюється можливість здійснення особою свого права на захист від недостовірної інформації.

Що стосується інших засобів масового зв'язку, то в статті 37 ЗУ «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні» наголошено: «Громадяни, юридичні особи і державні органи, а також їх законні представники мають право вимагати від редакції друкованого засобу масової інформації опублікування ним спростування поширених про них відомостей, що не відповідають дійсності або принижують їх честь та гідність» [10]. Також цим Законом визначаються певні вимоги до опублікування спростування: обсяг спростування не може перевищувати більше ніж удвічі обсяг спростовуваного фрагменту опублікованого повідомлення або матеріалу, однак воно не може бути й меншим ніж половина стандартної сторінки друкованого тексту. Щоб звернутися з вимогою про спростування недостовірної інформації, поширеної в друкованих засобах, особам надається один рік з моменту публікації такої інформації. Звернутися до суду особа також має протягом одного року, проте не лише з моменту публікації недостовірної інформації, а й із моменту, коли особа дізналася про факт опублікування про неї такої інформації [10].

Правовим наслідком пропущення цього строку є неможливість реалізації права особи на спростування недостовірної інформації. Такого ж висновку дійшов суд у Постанові Верховного Суду від 27.06.2019 по справі № 640/1135/15-ц, де зазначається, що, відмовляючи в задоволенні позову про спростування недостовірної інфор-

мації, поміщеної в засобах масової інформації, суд виходив із того, що про розповсюдження фонограми позивач (ОСОБА_1) дізнався у 2013 році, до суду із цим позовом звернувся у 2015 році, тобто зі спливом річного строку, встановленого для спростування недостовірної інформації, відповідачами заявлено про застосування наслідків спливу позовної давності, що є підставою для відмови в задоволенні позову [11].

Дещо проблематичним є спростування недостовірної інформації, поширеної в мережі Інтернет. Проблематика спростування інформації в мережі Інтернет полягає в тому, що інколи дуже складно ідентифікувати особу, яка розповсюджувала інформацію. Крім того, інформація, поширена в мережі Інтернет, не може бути спростована остаточно, адже така інформація може бути в подальшому скопійована, передрукована чи розповсюджена іншим чином. Можна виокремити дві типові ситуації: особа, яка поширила недостовірну інформацію, є невідомою, установити її не видається можливим; навпаки, особа-суб'єкт розповсюдження інформації є відомою. У випадках, коли встановити особу, яка поширила недостовірну інформацію, неможливо, особа, права якої порушено, не позбавлена права на спростування такої інформації, проте в такому випадку, відповідно до пункту 12 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 № 1, належним відповідачем у разі поширення оспорюваної інформації в мережі Інтернет є автор відповідного інформаційного матеріалу та власник веб-сайту, особи яких позивач повинен установити й зазначити в позовній заяві [6].

Якщо автор поширеної інформації невідомий або його особу та/чи місце проживання (місцезнаходження) неможливо встановити, а також коли інформація є анонімною і доступ до сайту є вільним, належним відповідачем буде власник веб-сайту, на якому розміщено зазначений інформаційний матеріал, оскільки саме він створив технологічну можливість та умови для поширення недостовірної інформації [6].

Дані про власника веб-сайту можуть бути витребувані в адміністратора системи реєстрації та обліку доменних назв та адреси українського сегмента мережі Інтернет.

Аналізуючи судову практику з питань спростування недостовірної інформації, можемо прослідкувати деяку тенденцію, відповідно до якої поряд зі спростуванням інформації додатково суди приймають рішення про видалення такої інформації. Ні ЦКУ, ні іншим нормативно-правовим актом видалення інформації не визначається як спосіб захисту від недостовірної інформації. Хоча такий спосіб захисту не передбачено в жодному нормативно-правовому акті, проте, з огляду як на відновлення порушення особистого немайнового права (стаття 276 ЦК), так і запобігання можливому порушенню в майбутньому застосування такого заходу, як видалення недостовірної інформації, є цілком логічним у контексті зупинення розповсюдження неправомірної інформації. Спростування останньої, на жаль, не зумовлює та не призводить до автоматичного припинення процесу розповсюдження недостовірної інформації. Особливо гостро ця проблема існує саме у випадках розповсюдження неправдивої інформації в мережі Інтернет.

У Рішенні від 12.06.2019 у справі № 753/17600/18 суд зазначає, що застосування такого способу захисту особистого немайнового права, як спростування недостовірної інформації, за умови, що така інформація залишилась загальнодоступною в мережі Інтернет і може бути в подальшому скопійована, передрукована чи розповсюджена іншим чином, не забезпечить ефективного захисту й відновлення порушеного права позивача на недоторканість ділової репутації. З огляду на зазначене, суд, урахувавши, що спосіб захисту порушеного права має бути ефективним, у цьому випадку знайшов належні підстави для задоволення позовних вимог позивача щодо зобов'язання від-

повідача видалити недостовірну інформацію з веб-сайту в мережі Інтернет, власником якого він є [12].

Отже, у цій справі суд зобов'язав відповідача, крім спростування інформації, також її видалити. Однак наведений підхід викликає безліч запитань, а саме: чи потрібно спростовувати інформацію, яка в подальшому має бути видалена, також досить суперечливим є питання, якщо спірна стаття була вже видалена, а міститься лише текст спростування, тоді виходить, що ознайомитися з текстом спростування можна, а ознайомитися зі спірною статтею, яка її містить, уже заборонено. Такий підхід, на нашу думку, є недостатньо обґрунтованим у судовій практиці: як щодо цього конкретного рішення, так й аналогічних справах, які розглядають позовні вимоги саме про видалення недостовірної інформації, оскільки не всі суди доходять висновку, що інформація підлягає видаленню. Так, у Рішенні від 30.08.2019 у справі № 278/1309/18 суд визначає, що стосовно вимоги про зобов'язання відповідачів вибачитися перед позивачем, а також вимоги про зобов'язання відповідачів видалити згадування стосовно позивача з архіву веб-сайту Житомир Онлайн суд зауважує про відсутність права в суду задовольнити вказані вимоги, оскільки примусове вибачення, а також видалення з архіву інформації як спосіб судового захисту гідності, честі чи ділової репутації за поширення недостовірної інформації не передбачено цивільним законодавством [13]. Тому суд відмовив у задоволенні цієї частини позовних вимог, хоча, урахувавши статтю 16 ЦКУ, загальні способи захисту не є вичерпними й суд може застосовувати інші на власний розсуд.

Отже, як бачимо, судова практика в питаннях видалення спірної інформації з веб-сайтів є неоднозначною. Наведені приклади показують, що позивачами нерідко заявляються вимоги про видалення спірної інформації з веб-сайтів, які переважно задовольняються судами. Проте видалення спірних публікацій із веб-сайтів може стати формою цензурування інформаційного простору, що є вкрай небезпечним для розвитку демократії. Крім того, такий спосіб правового захисту нерідко є непропорційним, що також може призвести до порушення свободи слова окремих осіб. Однак, з іншого боку, не можна не зазначити, що видалення інформації є найбільш ефективним способом захисту від поширення недостовірної інформації в мережі Інтернет. Оскільки Законом не врегульовано питання механізму спростування інформації, викладеної в мережі Інтернет, тому вважається за необхідне законодавчо закріпити як спеціальний спосіб захисту видалення недостовірної інформації. Проте таке видалення повинно мати свої межі, тобто застосовуватися у випадках пониження честі й гідності особи. Таке видалення має бути остаточним, тобто така інформація має бути «стертою» не лише на веб-сайті, на якому вона була поширена, а й в архівах такого веб-сайту. Необхідно також зауважити, що стосовно оціночних суджень таке застосування є неможливим, адже зловживання цим правом може призвести до порушення свободи вираження поглядів інших осіб.

Недостатня врегульованість цього питання стосовно видалення інформації в мережі Інтернет втілена в Законопроекті «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання розповсюдженню недостовірних відомостей у засобах масової інформації» від 12.03.2019 № 10139. Так, відповідно до положень останнього, пропонувалося внести зміни до статті 278 ЦКУ, а саме додати третю частину, яку викласти так: «Якщо особисте немайнове право фізичної особи порушене через поширення інформації у мережі Інтернет, суд може заборонити (припинити) розповсюдження такої інформації шляхом її видалення з відповідного ресурсу мережі Інтернет» [14]. На нашу думку, це положення врегулювало б питання й щодо поширення недостовірної інформації в мережі Інтернет, і щодо видалення такої інформації. У цьому випадку видалення трактувалося би не як додат-

ковий спосіб захисту, а як елемент способу захисту, який містить заборону розповсюдження цієї інформації саме в мережі Інтернет.

Останнім способом захисту від недостовірної інформації є заборона розповсюдження інформації, якою заподіюється шкода особистим немайновим правам. Головною відмінністю такого способу від права на відповідь, спростування полягає в тому, що заборона поширення інформації застосовується, якщо така інформація або готується до випуску у світ, або вже була випущена у світ – у газеті, книзі, кінофільмі, теле-, радіопередачі. Логіка така: якщо суд не може заборонити поширення такої інформації, він може вилучити матеріальний об'єкт, у якому інформація була втілена, з метою його подальшого знищення. Однак норма ЦКУ про заборону розповсюджувати інформацію викликає деякі питання: законодавцем не зазначено, що така інформація має бути недостовірною. Із цього випливає цілком логічний висновок, що будь-яка інформація, яка порушує немайнове право особи, може бути заборонена до розповсюдження. На нашу думку, застосування такого способу, як заборона поширення інформації, є крайнім заходом, може мати ознаки цензури, яка є забороненою, відповідно до статті 15 Конституції України [1], тому до нього варто ставитися обережно та зважено. Проблема полягає в тому, що недостовірною інформацією є не будь-які відомості, а тому не можна заборонити поширення оціночних суджень. До того ж, відповідно до статті 277 ЦКУ, оціночні судження не є предметом судового захисту [7]. Показовою в контексті цієї проблематики є справа за позовом народного депутата Віктора Медведчука проти видавництва «Vivat» та історика й журналіста Вахтанга Кіпіані через книгу «Справа Василя Стуса». Позов стосувався заборони розповсюдження книги, оскільки остання містила недостовірну інформацію та відомості, які принижували честь і гідність, ділову репутацію позивача. У рішенні від 19.10.2020 Дарницький районний у справі № 753/12294/2019 частково задовольнив позов на користь позивача: визнав, що деякі фрази в книзі порушують честь і гідність позивача. Однак у Постанові від 19.03.2021 (справі № 753/12294/2019, провадження № 22-ц/824/1763/2021) Київський апеляційний суд дозволив розповсюджувати книгу «Справа Василя Стуса» її авторів та скасував рішення суду першої інстанції. Цікавим у цьому рішенні суду апеляційної інстанції є те, що колегія суддів дійшла висновку про недостовірність лише частини однієї з оспорених позивачем фраз, які містяться в спірній книзі, тому за таких умов суд констатує формальну можливість застосування положень статті 278 ЦКУ в цьому випадку, проте наголошує, що з аналізу зазначеної норми вбачається, що передбачені в ній обмеження та заходи не можуть уважатися самоціллю й мають на меті виключно припинення порушення прав особи. Підстави для застосування такого способу захисту порушеного права повинні відповідати забезпеченню справедливої рівноваги при застосуванні конституційних прав на захист гідності й честі, з одного боку, і свободи слова – з іншого. Оскільки з відкритих і загальнодоступних джерел убачається, що книга під назвою «Справа Василя Стуса» визнана однією з найбільш розповсюджуваних книг в Україні у 2020 році, саме тому суд зауважив, що, зважаючи на надзвичайно широке розповсюдження,

яке книга вже набула на час вирішення справи, подальша заборона видання та розповсюдження її примірників не зможе досягнути тієї мети, яка могла б виправдати таке обмеження свободи слова. Отже, можна зробити висновок, що, отже, заборону на розповсюдження книги визнано таким заходом, що не відповідає вимогам пропорційності й розумності. Це пояснює й рекомендація суду позивачеві скористатися іншим способом захисту честі й гідності – правом на відповідь. Отже, у контексті цієї проблематики не існує єдиної судової практики, оскільки кожний такий випадок визнання факту поширення недостовірної інформації в книгах, наприклад, вирішується з урахуванням низки обставин: тиражу книги, проблематики, яка висвітлена в книзі, і навіть «популярності» книги [15].

Також досить актуальним є питання щодо заборони на розповсюдження, яка може поширюватися на інформацію, що готується до випуску у світ, тобто на майбутнє. Постає логічне питання: чи можна захистити ще не порушене право, адже однією з умов для захисту від недостовірної інформації є доведення такої інформації хоча б до однієї особи. А якщо, наприклад, автор пише автобіографічну книгу, з її змістом ніхто не ознайомлений, але є підстави вважати, що ця книга міститиме інформацію про інших людей, чи можна в такому випадку звертатися до суду з вимогою заборонити опублікувати цю книгу. Ні законодавство, ні судовою практика не дають однозначної відповіді на це питання й низку інших, які висвітлені в статті.

Висновки. Право особи на захист від недостовірної інформації фактично впливає з права особи на особисте життя й особливостей його захисту в умовах сьогодення. Саме із цієї причини створення механізмів і способів реалізації цього права сприятиме ефективному захисту основоположних прав і свобод людини та громадянина. Із цієї причини питання розширення можливостей і переліку способів захисту від розповсюдження недостовірної інформації, що порушує честь і гідність, ділову репутацію особи, стає все більш актуальним. Із кожним роком у процесі розвитку інформаційних технологій зростає потреба в нормативному регулюванні способів захисту від неправдивої інформації саме в мережі Інтернет. А питання розширення способів набуває особливого інтересу у зв'язку з розповсюдженням недостовірної інформації в мережі Інтернет. Сьогодні в національному законодавстві відсутні норми, які б прямо чи опосередковано регулювали це питання. Якщо говорити про практичні аспекти застосування норм порядку нормативно-правих актів, які регулюють питання захисту особи від недостовірної інформації, то на практиці найбільш проблематичними є питання стосовно саме розмежування недостовірної інформації та оціночних суджень, «видалення» інформації як додаткового способу захисту порушеного майнового права (застосовується переважно у випадках, коли розповсюдження інформації відбувалося в мережі Інтернет), виникнення конфлікту права на приватність і свободи слова в питаннях застосування заборони розповсюдження інформації як способу захисту від розповсюдження недостовірної інформації. У зв'язку з браком нормативного регулювання та специфікою суспільних відносин у цій сфері загалом усі вищезазначені питання можуть стати предметом окремого дослідження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 17.04.2021).
2. Про інформацію : Закон України від 2 жовтня 1992 р. № 2657-XII / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text> (дата звернення: 17.04.2021).
3. Микитенко Л.А. Парадигма забезпечення права споживача на інформацію. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси, право*. 2016. № 1. С. 47–55.
4. Логінова Н.І., Дробожур Р.Р. Правовий захист інформації : навчальний посібник. Одеса : Фенікс, 2015. С. 264.
5. Політанський В.С. Принципи інформаційно-правових відносин. *Часопис Київського університету права*. 2013. С. 55–60.

6. 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 від 27.02.2009 № 1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_001700-09#Text (дата звернення: 17.04.2021).
7. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 17.04.2021).
8. Про телебачення та радіомовлення : Закон України від 12 грудня 1993 р. № 3759-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3759-12/ed20201016#Text> (дата звернення: 17.04.2021).
9. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія / за редакцією Я.М. Шевченко. Київ : КНТ, 2008. С. 626.
10. Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні : Закон України від 16 листопада 1992 р. № 2782-XII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2782-12#Text> (дата звернення: 17.04.2021).
11. Постанова Верховний Суд у складі колегії суддів Третьої судової палати Касаційного цивільного суду від 27 червня 2019 року у справі № 640/1135/15-ц, провадження № 61-27175св18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82769495> (дата звернення: 17.04.2021).
12. Рішення Дарницького районного суд м. Києва від 12 червня 2019 року у справі № 753/17600/18, провадження № 2/753/415/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82737520> (дата звернення: 17.04.2021).
13. Рішення Житомирського районного суду Житомирської області від 30 серпня 2019 року у справі № 278/1309/18, провадження № 2/278/143/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84072592> (дата звернення: 17.04.2021).
14. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо запобігання розповсюдженню недостовірних відомостей у засобах масової інформації : Законопроект від 12.03.2019 № 10139. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65657 (дата звернення: 17.04.2021).
15. Постанова Київського апеляційного суду від 19 березня 2021 року у справі № 753/12294/2019, провадження № 22-ц/824/1763/2021. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95932891> (дата звернення: 17.04.2021).

СПРЯМОВАНІСТЬ ДОГОВОРУ ПРО ЗАДОВОЛЕННЯ ВИМОГ ІПОТЕКОДЕРЖАТЕЛЯ THRUST OF THE SATISFACTION OF MORTGAGE AGREEMENT

Горбачова В.С., аспірантка кафедри цивільного права № 2
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена визначенню цільової спрямованості і юридичних наслідків договору про задоволення вимог іпотекодержателя і у зв'язку з цим встановленню його приналежності до одного з типів цивільно-правових договорів, що визначаються положеннями чинного цивільного законодавства України та цивілістичною доктриною.

Автор розглядає сучасні наукові підходи до поділу цивільно-правових договорів на типи, визначає класифікаційний критерій, в якості якого виступає спрямованість договору, яка фактично характеризує об'єкт цивільного правовідношення, що виникає на його підставі.

Формується висновок, що досліджуваний договір може породжувати один з двох юридичних наслідків, що і визначає його віднесення до одного з типів цивільно-правових договорів. Зокрема, договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким передбачається передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, є договором, що забезпечує передачу майна у власність. При цьому як матеріальний об'єкт правовідношення, що виникає на підставі такого договору, виступає предмет іпотеки, а як юридичний об'єкт – передача права власності на нього іпотекодавцем іпотекодержателю.

Своєю чергою договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким встановлюється право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, є змішаним організаційно-майновим договором, який забезпечує можливість іпотекодержателя організувати правовідносини з відчуження майна іпотекодавця й забезпечити у такий спосіб виконання ним його зобов'язання в основному зобов'язанні, що у кінцевому рахунку повинно призвести до припинення такого правовідношення. У такому разі договір про задоволення вимог іпотекодержателя не забезпечує перехід права власності, а лише створює умови для його здійснення за участі іпотекодержателя. Як матеріальний об'єкт правовідношення, що виникає на підставі такого договору, виступає предмет іпотеки, а як юридичний об'єкт – діяльність іпотекодержателя з пошуку покупця на предмет іпотеки та/або організації та укладення іпотекодержателем договору купівлі-продажу відповідного майна з третьою особою (особами).

Такий вид договору про задоволення вимог іпотекодержателя, ураховуючи його «подвійну» (організаційну і майнову) природу, слід назвати організаційно-комісійним.

Ключові слова: договір про задоволення вимог іпотекодержателя, іпотека, іпотечний договір, кредитор, боржник, нерухомість.

The article is dedicated to determination of thrust and juridical consequences of satisfaction of mortgage agreement and to definition of its reference to one of the types of civil agreements that determined by the provisions of current legislation of Ukraine as well as by civil law doctrine.

The author examines modern scientific approaches to division of civil law agreements into types; defines the criteria for agreements differentiation. It is determined that the thrust of an agreement which particularly characterizes an object of civil relationship that is the result of appropriate contract conclusion is the criteria for abovementioned division.

It is defined that satisfaction of mortgage agreement could cause one of two main juridical consequences that can be used as basement for attributing this agreement to appropriate type. Particularly the satisfaction of mortgage agreement that provides transfer of property right to mortgage object from mortgagor to mortgage holder as performance of main obligation of mortgagor is the agreement of property transfer by its nature. The object of a mortgage is a material object of obligation aroused from the satisfaction of mortgage agreement. The juridical object of appropriate relationships is transfer of property right from mortgagor to mortgage holder.

At the same time the satisfaction of mortgage agreement that provides the right of mortgage holder to sell the object of the mortgage to the third persons on his own behalf is mixed organizationally-material agreement that provide the possibility of mortgage holder to organize the relationships of mortgage property alienation. In such way the mortgage holder provides the performance of mortgagor's obligations within the main relationship that leads to termination of such relationships. In this case the satisfaction of mortgage agreement does not provide the transfer of property right, but creates the condition for such transfer with participation of mortgage holder. The material object of relationship aroused from such agreement is the mortgage object. And the juridical object of appropriate relationships is the activity of mortgage holder directed on searching the buyer and/or on organization of concluding and concluding the sales contract with the third person.

Such kind of an agreement taking into account its "double" (organizational and material) nature can be called organizational-comission agreement.

Key words: satisfaction of mortgage agreement, mortgage, mortgage agreement, creditor, debtor, real estate.

Постановка проблеми. Науковий інтерес до розгляду договору про задоволення вимог іпотекодержателя визначається одночасно декількома обставинами. Насамперед можливість застосування вказаної договірної конструкції передбачається положеннями Закону України «Про іпотеку» (статті 33, 36–38) [1] і при цьому в основному акті цивільного законодавства України відсутні будь-які згадки про неї. Це дає привід стверджувати, що специфікою вказаного договору виступає, зокрема, сфера його застосування – правовідносини, що складаються між іпотекодержателем та іпотекодавцем.

Водночас, попри поширення договору про задоволення вимог іпотекодержателя у відносинах застави нерухомого майна, він є майже недослідженим на рівні спеціальних цивілістичних пошуків. Ураховуючи актуальний характер іпотечних відносин і властивий їм підвищений ризик виникнення юридичних конфліктів, отримуємо цілу низку питань, пов'язаних з вказаною договірною конструкцією, які мають як науковий, так і прикладний характер, а тому потребують глибокого і кропіткого розгляду на рівні спе-

ціального дослідження. Це, зокрема, питання щодо сторін договору, порядку його укладення, умов договору, належного виконання та відповідальності відповідних осіб за його порушення.

Окреслене визначає необхідність встановлення місця вказаного договору у вітчизняній системі цивільно-правових договорів, зокрема, його віднесення до одного з типів, які визначаються положеннями чинного цивільного законодавства України та цивілістичною доктриною, що загалом виступає однією з базових передумов комплексного визначення специфіки вказаного договору та розгляду окреслених питань.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Цивільно-правовий договір загалом як засіб індивідуального правового регулювання суспільних відносин, типи цивільно-правових договорів і їх специфіка ставали предметом розгляду таких вчених юристів, як С.С. Алексєєв, І.В. Венедіктова, Є. Годеме, Н.М. Дихта, І.В. Жилинкова, О.С. Іоффе, А.В. Коструба, О.О. Кот, Н.С. Кузнецова, Р.А. Майданик, В.В. Надьон, О.О. Отраднова, Я.М. Романюк, І.В. Спа-

собо-Фатеева, Р.О. Халфіна, Ю.Є. Ходико, Я.М. Шевченко, Р.Б. Шишка, О.Я. Явор, В.Л. Яроцький та ін.

Постановка завдання. Мета статті полягає у встановленні цільової спрямованості і юридичних наслідків договору про задоволення вимог іпотекодержателя і у зв'язку з цим віднесенні його до одного з типів цивільно-правових договорів, що визначаються положеннями чинного цивільного законодавства України та цивілістичною доктриною.

Основний матеріал дослідження. У сучасних цивілістичних дослідженнях одержали поширення два підходи до характеристики цивільно-правових договорів. У рамках першого здійснюється диференціація договорів залежно від їх цільової спрямованості на типи (види). У рамках другого проводиться дихотомічна характеристика конкретного цивільно-правового договору за такими критеріями, як порядок укладення, оплатність чи безоплатність, розподіл права та обов'язків сторін договору тощо.

Власне, перший підхід за своїм масштабом і спрямованістю передбачає базову ідентифікацію цивільно-правового договору, його віднесення до певного різновиду договорів, а тому і має визначальне значення для нашого розгляду.

У поділі договорів на окремі типи чітко простежується зв'язок договору і правовідношення, що складається на його підставі. Зокрема, посилаючись на Т.В. Боднар, Р.Б. Шишка вказує на те, що типом цивільно-правового договору слід розуміти класифікацію договорів за такою сукупністю ознак, які виражають найбільш загальні та істотні риси цього типу. Як такі ознаки слід розглядати спрямованість результату договору на досягнення певної мети. При цьому вчений вказує, що у рамках типів договорів можуть виокремлюватись підтипи, до яких у контексті договорів, що забезпечують динаміку відносин з надання послуг, відносять договори щодо надання фактичних, юридичних, фінансових послуг тощо [2, с. 371]. Також М.М. Люшина вказує на те, що одним з таких, що найбільше відповідає сучасності, критерієм поділу договорів виступає критерій результату, за яким виокремлюють такі типи договорів, як договори, що спрямовані на передачу майна у власність (або інше речове право) або у користування, на виконання робіт, надання послуг [3, с. 26–27].

Загалом же слід визнати, що у цивілістичній літературі найбільшого поширення здобув підхід, відповідно до якого як класифікаційний критерій розмежування типів договорів розглядається спрямованість договору, яка фактично характеризує об'єкт цивільного правовідношення (передача речі у власність; передача речі у користування; здійснення роботи; надання послуги) [4, с. 53; 5, с. 18–19].

Що ж стосується віднесення договору про задоволення вимог іпотекодержателя до відповідного типу, то частина четверта статті 33 Закону України «Про іпотеку» визначає його на рівні із судовим рішенням та виконавчим написом нотаріуса як підстави звернення стягнення на предмет іпотеки [1, ст. 33]. Своєю чергою частиною третьою статті 36 вказаного Закону, зокрема, встановлюється, що договір про задоволення вимог іпотекодержателя може передбачати передачу іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання або право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу [1, ст. 36].

Очевидно, що перед нами дві можливі «версії» договору про задоволення вимог іпотекодержателя, які спричиняють різні юридичні наслідки, у зв'язку з чим підлягають диференційованому розгляду у контексті їх спрямованості.

При цьому, звертаючись до цільової спрямованості вказаних різновидів договору про задоволення вимог іпотекодержателя і об'єктів правовідносин, що виникають на їх підставі, слід керуватись підходом, пропонуваним О.С. Іоффе, який диференціював юридичний, вольовий

і матеріальний об'єкти правовідношення. Як перший вчений розглядає поведінку зобов'язаного суб'єкта, як другий – волю учасників правовідносин, а як третій – річ або інше благо, на яке спрямована поведінка учасників правовідносин [6, с. 221].

Договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким передбачається передача іпотекодержателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, виступає підставою для реєстрації права власності іпотекодержателя на предмет іпотеки і документом, який посвідчує перехід права власності на відповідне майно від іпотекодавця до іпотекодержателя (частини перша та друга статті 37 Закону України «Про іпотеку») [1, ст. 37]. При цьому, як слідує з частини п'ятої статті 36) зазначеного Закону, за загальним правилом, після переходу права власності від іпотекодавця до іпотекодержателя, всі наступні вимоги іпотекодержателя до боржника є недійсними, і при цьому відповідно до абзацу четвертого статті 17 Закону іпотека припиняється [1, ст. 36].

Таким чином, досліджуваний договір забезпечує не лише передачу права власності іпотекодавцем іпотекодержателю, а також і припинення основного та іпотечного зобов'язань. З цього постає питання: чи не характерна для правовідношення, що виникає з договору про задоволення вимог іпотекодержателя, «подвійність» об'єкта, якими виступають майно, що передається іпотекодавцем іпотекодержателю у рахунок погашення заборгованості, а також право вимоги іпотекодержателя до боржника?

Проблема полягає у тому, що договір про задоволення вимог іпотекодержателя має багато схожих рис із договором про відступне (стаття 600 ЦК України), особливо якщо останній застосовується у разі використання учасниками правовідношення такого виду забезпечення зобов'язання, як завдаток. У такому разі боржник передає кредитором певну грошову суму у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (частина перша статті 570 ЦК України) [7, ст. 570]. Якщо ж боржник не в змозі виконати зобов'язання, він може запропонувати кредитором зарахувати завдаток як відступне, що і припинить основне зобов'язання.

При іпотеці, як і при завдатку, сторони заздалегідь визначають майно, за рахунок якого буде забезпечуватись інтерес кредитора, у зв'язку з чим передача відповідного майна йому може забезпечувати припинення зобов'язання. Однак, як вказує В.Я. Погребняк, у разі з відступним має місце непоіменований вид цивільно-правового договору, згідно з яким кредитор звільняє боржника від зобов'язання (а по суті відмовляється від свого суб'єктивного цивільного права вимоги) замість набуття права власності на певне майно. У зв'язку з цим, на переконання вченого, відмова від суб'єктивного цивільного права може бути здійснена з умовою щонайменше у разі, якщо такою умовою є набуття інших суб'єктивних цивільних прав [8, с. 480]. З цього слідує, що в окресленому випадку договір про відступне фактично виступає трансферно-дерелікційною конструкцією з двома об'єктами правовідносин. З одного боку, вказаний договір забезпечує перехід права власності на майно від боржника до кредитора, у зв'язку з чим це майно виступає матеріальним об'єктом правовідношення. Однак, з іншого боку, з набуттям права власності кредитором на відповідне майно останній втрачає право вимоги, що належить йому відносно боржника. Відповідне право виступає юридичним об'єктом відповідного правовідношення.

Водночас вважаємо, що окреслена концепція не застосовна до правовідносин, що виникають з договору про задоволення вимог іпотекодержателя. Основна причина полягає у тому, що у разі припинення зобов'язання передачею відступного, яким виступає завдаток, не відбувається повне виконання об'язку боржника, що і зумовлює необхідність звільнення кредитором боржника від нього. Крім того, при встановленні завдатку як

виду забезпечення зобов'язання учасники правовідношення зазвичай заздалегідь не встановлюють, що завдаєток буде використано як відступне. Своєю чергою під час укладення іпотечного договору його сторони визначають, що у разі невиконання зобов'язання боржником саме предмет іпотеки буде виступати майном, за рахунок якого забезпечуватиметься вимога кредитора. Договір про задоволення вимог іпотекотржателя лише оформляє відповідний процес. Крім того, внаслідок переходу права власності іпотекотржателя на предмет іпотеки до іпотекотржателя відбувається задоволення вимоги останнього в основному зобов'язанні, тобто фактично виконання боржником свого обов'язку. З цього слідує, що іпотека, по суті, встановлює альтернативний спосіб виконання зобов'язання боржником.

Загалом же наведене дозволяє стверджувати, що для правовідношення, яке виникає з договору про задоволення вимог іпотекотржателя, яким передбачається передача іпотекотржателя права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання, характерний один об'єкт, що має матеріальний характер і яким виступає предмет договору. З цього ж слідує, що попри комплексні юридичні наслідки, до яких призводить цей договір, в рамках безпосередньої причинно-наслідкової моделі він виступає договором, що забезпечує перехід права власності на предмет іпотеки.

При цьому очевидно, що застосування цього договору відбувається у разі, коли кредитор-іпотекотржатель безпосередньо зацікавлений у набутті права власності на предмет іпотеки. Якщо ж такої зацікавленості не відбувається, тоді договір про задоволення вимог іпотекотржателя, як ми зазначали, може спричинити інші юридичні наслідки, зокрема наділяти іпотекотржателя правом від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу.

Поряд із цим у такому разі досліджуваний договір набуває ознак організаційної договірної конструкції.

Як предмет організаційного договору, як вказує А.В. Андрущенко, або юридичного об'єкта зобов'язання, що виникає на підставі такого договору, виступають дії, спрямовані на організацію майбутньої правової взаємодії сторін [9, с. 129]. Також у юридичній літературі вказується на те, що відповідний договір породжує правовідносини, що спрямовані на створення погодженої сторонами процедури виникнення й виконання зобов'язань майнового характеру [10, с. 183], або ж, якщо точніше, організацію виникнення та/або виконання іншого зобов'язального правовідношення, тобто саме правовідношення, а не суспільного відношення [11, с. 11]. З цієї тези розвивається концепція організаційних зобов'язань, як правовідносин, що виникають на підставі організаційних договорів.

Сучасні вчені цивілісти відносять до організаційних цивільних правовідносин, зокрема корпоративні правовідносини [12, с. 330], правовідносини з видачі та відкликання довіреності [13, с. 15] та ін.

І хоча відповідно до пануючої донедавна думки організаційний договір породжує самостійне зобов'язання з немайновим змістом [11, с. 11–12], у сучасній цивілістичній літературі також вказується на те, що окремі організаційні договори можуть містити майнові елементи, зокрема, як договір про створення господарського товариства [14, с. 147]. Договір про задоволення вимог іпотекотржателя, що встановлює право іпотекотржателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, належить саме до змішаного типу організаційних договорів.

Організаційний характер договору про задоволення вимог іпотекотржателя, що встановлює право іпотекотржателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, визначається декількома обставинами.

1. Іпотекотржатель одержує можливість організувати купівлю-продаж предмету іпотеки, тобто найти покушця, забезпечити повідомлення інших кредиторів, вимоги яких забезпечуються предметом іпотеки, про намір продати річ, а також бере на себе обов'язок дотриматись інших вимог, встановлених статтею 38 Закону України «Про іпотеку».

2. Укладення іпотекотржателем від свого імені договору купівлі-продажу предмету іпотеки забезпечує реалізацію механізму виконання боржником свого обов'язку в основному зобов'язанні. У зв'язку з цим іпотекотржатель фактично бере на себе тягар реалізації відповідного майна і забезпечення виконання обов'язку боржника в основному зобов'язанні, тобто фактично організовує правовідносини, що спрямовані на припинення, зокрема основного зобов'язання.

Поряд із цим в окресленому випадку йдеться все ж таки про можливість іпотекотржателя здійснювати поведінку майнового характеру, зокрема, вчиняти дії, що призводять до зміни майнового стану учасників цивільного обороту, зокрема іпотекотржателя. Крім того, саме право продажу предмету іпотеки, що виникає у іпотекотржателя, має майновий характер, оскільки стосується майна як певного економічного блага. Це право виникає на підставі досліджуваного договору, що визначає «майнові» вкраплення в організаційній основі відповідної договірної конструкції та правовідносин, до виникнення яких вона призводить.

Важливим моментом відповідного договору є те, що іпотекотржатель набуває право продати предмет іпотеки від свого імені. Це одразу ж «відсікає» представницьку концепцію відповідного правочину, що може бути вчинений іпотекотржателем, адже очевидно, що у такому разі він не представляє безпосередньо інтереси іпотекотржателя і останній не управоможує іпотекотржателя на вчинення дій від його імені.

Що стосується власницької концепції правочину відчуження, то вона зіштовхується з певною проблемою. Не можна вважати, що у результаті укладення договору купівлі-продажу відбувається перехід права власності від іпотекотржателя до третьої особи, оскільки це суперечитиме положенню частини другої статті 3 Закону України «Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяження», якою встановлюється, що речові права на нерухоме майно та їх обтяження, що підлягають державній реєстрації відповідно до цього Закону, виникають з моменту такої реєстрації [15, ст. 3]. Якщо право власності на предмет іпотеки не було зареєстроване перед відчуженням за іпотекотржателем, то він і не набував це право.

Окреслене дозволяє стверджувати, що наділення іпотекотржателя правом продати предмет іпотеки від власного імені забезпечує реалізацію комісійної моделі правовідносин, при якій іпотекотржатель діє хоча і від власного імені і як самостійний учасник правовідношення купівлі-продажу, проте відчужує річ, яка належить третій особі. Одержана ж сума виторгу виступає майном, за рахунок якого іпотекотржатель забезпечує виконання боржником свого обов'язку в основному зобов'язанні.

Висновки і перспективи подальших досліджень. Таким чином, здійснений аналіз сутності, а також цільової спрямованості і юридичних наслідків договору про задоволення вимог іпотекотржателя дозволяє стверджувати, що положення чинного цивільного законодавства України запроваджують юридичну варіативність у цьому питанні, що безпосередньо детермінує характеристику вказаного договору у контексті вітчизняного доктринального поділу цивільно-правових договорів на окремі типи.

Вказаний договір може породжувати один з двох юридичних наслідків, що і визначає його віднесення до одного з типів цивільно-правових договорів. Зокрема, договір про задоволення вимог іпотекотржателя, яким передбачається передача іпотекотржателю права власності на предмет іпотеки в рахунок виконання основного зобов'язання,

є договором, що забезпечує передачу майна у власність. При цьому як матеріальний об'єкт правовідношення, що виникає на підставі такого договору, виступає предмет іпотеки, а як юридичний об'єкт – передача права власності на нього іпотекодавцем іпотекодержателю. Право вимоги іпотекодержателя до кредитора, що входить до змісту основного зобов'язання, не може виступати об'єктом правовідношення, що виникає на підставі досліджуваного договору, оскільки у такому разі іпотекодержатель не здійснює відмову від нього, що виступає умовою набуття права власності на відповідне майно, як це характерно для відступного. Відповідне право припиняється у зв'язку з одержанням іпотекодержателем відповідного майнового надання (права власності на предмет іпотеки), що вважається виконанням обов'язку боржника в основному зобов'язанні.

Свою чергою договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким встановлюється право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, є змішаним організаційно-майновим договором, який забезпечує можливість іпотекодержателя організувати правовідносини з відчуження майна іпотекодавця й забезпечити у такий спосіб виконання ним його обов'язку в основному зобов'язанні, що у кінцевому рахунку повинно призвести до припинення такого правовідношення.

У такому разі договір про задоволення вимог іпотекодержателя не забезпечує перехід права власності, а лише створює умови для його здійснення за участі іпотекодержателя. Як матеріальний об'єкт правовідношення, що виникає на підставі такого договору, виступає предмет іпотеки, а як юридичний об'єкт – діяльність іпотекодержателя з пошуку покупця на предмет іпотеки та/або організації та укладення іпотекодержателем договору купівлі-продажу відповідного майна з третьою особою (особами).

Такий вид договору про задоволення вимог іпотекодержателя, ураховуючи його «подвійну» організаційну і майнову природу, слід назвати організаційно-комісійним.

Водночас проведений науковий аналіз показав невідповідність «спрошеність» сучасного доктринального підходу до визначення типів цивільно-правових договорів. Існування складних договірних конструкцій, зокрема таких, як договір про задоволення вимог іпотекодержателя, яким встановлюється право іпотекодержателя від свого імені продати предмет іпотеки будь-якій особі на підставі договору купівлі-продажу, показує те, що їм «немає місця» у пропонованій сучасною цивілістичною доктриною класифікація, що визначає актуальність питання її подальшого опрацювання і вдосконалення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про іпотеку: Закон України від 05.06.2003 р. № 898-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. № 38. Ст. 313 (зі змінами).
2. Шишка Р.Б. Характеристика, типи та види договорів. *Право та управління*. 2011. № 3. С. 369–380.
3. Илюшина М.Н. Актуальные вопросы классификации гражданско-правовых сделок с участием предпринимателей. *Вестн. Рос. прав. академии*. 2003. № 4. С. 26–30.
4. Серветник А.А. Основание классификации гражданско-правовых договоров. *Известия ВУЗов. Правоведение*. 2004. № 2. С. 49–60.
5. Шаблова Е.Г., Жевняк О.В. Гражданское право. Гражданско-правовые договоры: учеб. пособ. / под. общ. ред. Е.Г. Шабловой. Екатеринбург: Изд-во Урал. ун-та, 2018. 174 с.
6. Иоффе О.С. Советское гражданское право. Москва: Юрид. лит., 1967. 494 с.
7. Цивільний кодекс України: Закон України від 16.01.2003 р. № 435-IV. *Відом. Верхов. Ради України*. 2003. №№ 40–44. Ст. 356 (із змінами).
8. Погребняк В.Я. Виникнення, перехід та припинення суб'єктивних цивільних прав: проблеми теорії та практики: монографія. Київ: Алерта, 2020. 640 с.
9. Андрищенко А.В. История развития организационных договоров в гражданском праве Украины. *Акт. пробл. рос. права*. 2017. № 9 (82). С. 126–133.
10. Колянковська Т. Організаційний цивільно-правовий договір: поняття та правова природа. *Юрид. вісн.* 2014. № 5. С. 182–187.
11. Морозов С.Ю. Система транспортных организационных договоров: автореферат дис. ... д-ра. юрид. наук. Москва, 2011. 51 с.
12. Харитонова О.І. Категорія корпоративних правовідносин у контексті цивільних організаційних зобов'язань. *Наук. праці НУ ОЮА*. Одеса, 2011. Т. 10. С. 324–334.
13. Харитонов С.О., Харитонова О.І. Поняття та вид цивільних організаційних правовідносин. *Акт. пробл. держави і права*. Одеса, 2008. Вип. 41. С. 9–16.
14. Цивільне право: підруч. у 2 т. / Борисова В. І. (кер. авт. кол.), Баранова Л.М., Бегова Т.І. [та ін.]; за ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. Харків: Право, 2011. Т.2. 816 с.
15. Про державну реєстрацію речових прав на нерухоме майно та їх обтяжень: Закон України від 01.07.2004 р. № 1952-IV (в редакції Закону від 26.11.2015 р. № 834-VIII). *Відом. Верхов. Ради України*. 2016. № 1. Ст. 9 (зі змінами).

ПРИНЦИП ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ ЕКОНОМІЇ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

PRINCIPLE OF PROCEDURAL ECONOMY IN CIVIL PROCEDURE

Гулаткан С.В., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Ткачук А.Я., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Вдалість різних судових процедур дедалі більше оцінюється за їх ефективністю, це означає, що з погляду виділеного на них державного ресурсу судова система повинна мати можливість забезпечити ще більшу кількість якісно вирішених судових справ, використовуючи якомога менше процесуальних ресурсів. Як правило, вектор стратегії судової адміністрації зосереджений не на способах досягнення справедливого рішення, а на підвищенні ефективності судової системи загалом. Очевидно, це ставить окреме цікаве та гостре публічно-правове питання про те, як судовій владі утримувати баланс між раціональним використанням ресурсів та прийняттям справедливих рішень. За вирішення цього питання взялася сьогодні й міжнародна спільнота, яка прецедентами та рекомендаціями допомагає сформувати правильну позицію законодавців країн щодо забезпечення принципу процесуальної економії. Це питання є й досі не вирішеним, тому альтернативним варіантом його розв'язання на національному рівні слугує інституційно-функціональне реформування судової влади, а перед цим – змістовне дослідження проблематики. Задля детального дослідження та пошуку шляхів удосконалення процесуального законодавства аналіз принципу процесуальної економії має відбуватися із застосуванням комплексного підходу до його розуміння, за якого чітко виділяються три основні елементи такого принципу: процесуальна економія часу, процесуальна економія дій, процесуальна економія коштів. Кожен із них відіграє ключову роль у забезпеченні дієвості принципу процесуальної економії. Взаємозв'язок економії часу, дій та коштів є нерозривним, і втрата або применшення значення хоча б одного з них, беззаперечно, негативно впливатиме на ефективність цивільного судочинства загалом. Зважаючи на те, що ЦПК все ж закріплює ці елементи у своїх приписах, там ми не знайдемо припису про комплексний принцип процесуальної економії, тому цивілісти й досі сперечаються щодо питання включення його окремих положенням до статті 2 ЦПК.

Ключові слова: принципи цивільного процесуального права, оптимізація цивільного процесу, процесуальна економія часу, процесуальна економія дій, процесуальна економія коштів.

As the success of different court proceedings is increasingly assessed for their effectiveness, this means that in terms of the state resources allocated to it, the judicial system should be able to provide even more quality court cases, using as few procedural resources as possible. As a rule, the vector of the judicial administration strategy is not focused on ways to achieve a fair decision, but on improving the efficiency of the judicial system as a whole. Obviously, this raises a separate interesting and acute public-law question about how the judiciary strikes a balance between the rational use of resources and the adoption of fair decisions. Today, the international community has taken up the issue of resolving this issue. This issue is still unresolved, so an alternative to its solution at the national level is the institutional and functional reform of the judiciary, and before that – a meaningful study of the issue. In order to study in detail and find ways to improve procedural legislation, the analysis of the principle of procedural economy should take place using a comprehensive approach to its understanding, which clearly distinguishes three main elements of this principle, namely: procedural time savings, procedural savings procedural savings. Each of them plays a key role in ensuring the effectiveness of the principle of procedural economy. The relationship between saving time, action and money is inseparable and the loss or diminution of at least one of them will undoubtedly have a negative impact on the efficiency of civil proceedings as a whole. Given that the CPC still enshrines these elements in its regulations, we will not find a provision on the complex principle of procedural economy, so civilians still argue about the inclusion of a separate provision in Article 2 of the CPC.

Key words: principles of civil procedural law, optimization of civil process, procedural economy of time, procedural economy of actions procedural economy of money.

Вступ. Зміни в суспільно-економічному житті країни, викликані переходом до ринкових відносин, розвитком приватноправових відносин, зумовили збільшення кількості спорів, які виникають між різними суб'єктами права, що наполегливо потребує побудови оперативного механізму захисту суб'єктивних прав. Ідея економії ресурсів (різновидом якої є процесуальна економія) є однією із керівних засад всієї діяльності людини, адже в усі часи для людства характерним було намагання досягати поставлених цілей швидше, простіше і з меншими затратами. Це повною мірою стосується і цивільного судочинства.

Актуальність. Ефективність цивільного судочинства визначається його здатністю досягати поставлених перед ним цілей та завдань. Шлях розвитку сучасної цивільно-процесуальної системи через зростання видатків на її утримання, виділення додаткових матеріальних та людських ресурсів видається нереальним та безперспективним. Майбутнє – за оптимізацією цивільного судочинства, а саме пришвидшенням (економією часу), спрощенням (процедурною економією) та здешевленням (майновою економією) процесу шляхом відмови від невиправданих ускладнень і процедурних рудиментів, ширшим викорис-

танням досягнень науки та техніки, але за умови дотримання при цьому гарантій прав, свобод та законних інтересів учасників цивільного процесу.

Всі ці вимоги, які стоять перед державою та суспільством у сфері розроблення та реалізації цивільно-процесуальної політики, суттєво посилюють вплив та значення однієї з ключових ідей розвитку цивільного судочинства – ідеї процесуальної економії, спрямованої на забезпечення його спрощення, скорочення та здешевлення. Значення цих процесів на сучасному етапі розвитку цивільного судочинства визначає необхідність ставлення до цієї ідеї як до повноцінного принципу (засади) цивільного процесу.

У юридичній літературі проблема процесуальної економії завжди розглядалася у контексті дослідження проблем ефективності, економічності чи раціональності процесу. Значний внесок у розкриття природи, сутності та змісту процесуальної економії як засади судочинства здійснили вчені-цивілісти Є.В. Васьковський, М.А. Гурвич, В.О. Рязановський, В.В. Тихонович, А.О. Ференс-Сороцький. Питання процесуальної економії підіймалися й зарубіжними та вітчизняними фахівцями у галузі судочинства – С.В. Бажановим, Л.В. Головком, Ю.М. Гро-

шевим, А.П. Гуляєвим, П.С. Елькінд, В.Т. Маляренком, С.Д. Оспановим, П.Ф. Пашкевичем, М.М. Полянським, В.Т. Нором, М.І. Порубовим, С.В. Серебрового, О.В. Смирновим, Ю.І. Стецовським, М.С. Строговичем, В.Т. Томином, І.Я. Фойницьким, Ю.К. Якимовичем, М.Л. Якубом та іншими.

Мета роботи полягає у з'ясуванні сутності принципу процесуальної економії, його ролі та місця в системі принципів (засад) сучасного цивільного судочинства та розробленні науково-обґрунтованих пропозицій щодо вдосконалення цивільно-процесуального законодавства у напрямі спрощення та скорочення цивільного судочинства.

Виклад основного матеріалу. Цивільне процесуальне право як самостійна галузь права – відносно молода галузь права, і вважається, що вона була започаткована у другій половині XIX століття, до цього цивільний процес був частиною цивільного законодавства. Цивільний процес – це не просто вирішення спору, він складається з комплексу дій, що відбуваються у задалегідь визначеному порядку між сторонами та судом; виникають процесуальні правовідносини з метою врегулювання матеріально-правових спорів. Цивільне процесуальне право як соціальне явище розглядалося з погляду процесуальної, філософської (питання права та справедливості) та правової політики.

Як і будь-яка інша соціальна діяльність, цивільне судочинство у процесі історичного розвитку отримує свою технологію (регламент, алгоритм) – процесуальну форму. Зважаючи на це, таке соціальне явище у різних вимірах все одно зустрічається з негативними проявами людського фактору та недосконалістю рішень законодавця. Конституція України закріпила формування правової держави, для якої людина є головною соціальною цінністю.

Це зумовлює необхідність проведення судово-правової реформи, яка повинна зміцнити основи й правовий механізм судової влади як самостійної й рівнозначної з іншими гілками влади, здатної забезпечити ефективне здійснення правосуддя: передбачається підняти її авторитет і довіру до неї населення, зробити її діяльність більш ефективною. Виходячи із загального правила цивільного процесу, під час процедури необхідно дотримуватися низки принципів, які застосовуються в усіх судових інстанціях. Відповідно до ч. 3 ст. 2 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК), основними засадами (принципами) цивільного судочинства є: верховенство права; повага до честі і гідності, рівність усіх учасників судового процесу перед законом та судом; гласність і відкритість судового процесу та його повне фіксування технічними засобами; змагальність сторін; диспозитивність; пропорційність; обов'язковість судового рішення; забезпечення права на апеляційний перегляд справи; забезпечення права на касаційне оскарження судового рішення у випадках, встановлених законом; розумність строків розгляду справи судом; неприпустимість зловживання процесуальними правами; відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення [1].

Ці принципи цивільного процесу мають на меті узгоджену, правомірну та ефективну взаємодію його сторін, при цьому в останні роки все більшу увагу законодавці передових країн приділяють спрощенню, пришвидшенню та збільшенню ефективності процедури здійснення судочинства. Економія зусиль є рушійною силою самоорганізації будь-якої відкритої системи, у тому числі й цивільного судочинства. Одним із засобів удосконалення процесуальної форми у напрямі підвищення її ефективності є ідея процесуальної економії.

Становлячи основу раціонального витрачання ресурсів, економія отримала своє закріплення і у правовому полі. Оскільки правовідносини є складовим елементом суспільних відносин, вони повинні будуватися на комфортному для всіх підґрунті. Проголосивши принцип про-

цесуальної економії, забезпечення правових дій в аспекті раціонального розподілу ресурсів підкріпилося правовою обов'язковістю.

Ідея процесуальної економії є проявом більш широкої ідеї економії зусиль (енергії, затрат тощо), яка є властивою для різних сфер матеріального і нематеріального буття. Економія – бережливість, ощадливість у витрачанні чогось, вигода від бережливого, ощадливого витрачання чогось [2, с. 339], а принцип, як слушно зазначає О.Ф. Воронов, це головна, загальна норма галузі права, без чіткого формулювання якої вона не буде виконувати покладені на неї функції [3, с. 239].

Однак у процесуальній літературі нині не існує виразних критеріїв визначення принципу економії в цивільному процесуальному праві. Потреба в оптимізації цивільно-процесуальної форми у напрямі її спрощення, скорочення та зменшення затрат приводить до пошуку альтернативних до загального порядку провадження механізмів. Процесуальна економія – це ідея, спрямована на підвищення ефективності процесуальної форми шляхом її раціоналізації через пришвидшення, спрощення та здешевлення. Принцип процесуальної економії має дві форми впливу на цивільне судочинство: нормативну (через удосконалення законодавства) й організаційно-управлінську (через підвищення ефективності організації праці) [4, с. 8], але, незважаючи на важливість процесуальної економії, статус цієї ідеї донині не визначений.

Елементи такого принципу ілюстрував, зокрема, Е.В. Васьковський, указуючи, що зручність цивільного судочинства забезпечується саме за рахунок постулату процесуальної економії, що виражається в економії часу (швидкість), полегшенні процесуальних засобів (простота) і зменшенні судових витрат (дешевизна) [5, с. 362]. І справді, під час аналізу норм ЦПК ми знаходимо, що елементи принципу процесуальної економії деякою мірою виражені в ЦПК окремо: процесуальна економія часу та процесуальна економія дії (розумність строків розгляду справи судом, неприпустимість зловживання процесуальними правами), процесуальна економія коштів (відшкодування судових витрат сторони, на користь якої ухвалене судове рішення та пропорційність) [ЦПК].

Тож розглянемо ці окремі аспекти принципу процесуальної економії більш детально.

Процесуальна економія часу.

Час – це один із найдорогоцінніших нині ресурсів у людини, саме тому законодавець зобов'язав не нехтувати ним під час здійснення цивільного судочинства, так, у п. 10 ч. 3 ст. 2 ЦПК закладена обов'язкова вимога щодо контролю судом строків розгляду справи в межах розумного розсуду (розумних строків) [1].

Відповідно до п. 3 Постанови пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення», розумним, зокрема, вважається строк, що є об'єктивно необхідним для виконання процесуальних дій, прийняття процесуальних рішень та розгляду і вирішення справи з метою забезпечення своєчасного (без невинуватих зволікань) судового захисту [6].

Європейський суд із прав людини у своїх прецедентних справах виокремив необхідні критерії розумних строків у цивільних справах, такі як: правова та фактична складність справи; поведінка заявника, а також інших осіб, які беруть участь у справі, інших учасників процесу; поведінка органів державної влади (насамперед суду); характер процесу та його значення для заявника [7; 8; 9; 10].

Так, зокрема, вимога процесуальної економії спрямована на те, щоб судовий розгляд був побудований таким чином, щоб не допустити невинуватих затягувань розгляду справи, необґрунтованого відкладання судових засі-

дань, оголошень занадто тривалих перерв, зупинення провадження тощо. Такої ж думки дотримується В.В. Буга, зазначаючи, що порушення принципу процесуальної економії відбувається через неявку, заявлення необґрунтованих заперечень та відводів, встановлення відповідальності суддів за тяганину та затягування розгляду справи тощо [11, с. 23]. М.А. Гурвич також звернувся до тієї ж проблематики співвідношення часу та ефективності і зазначив, що процесуальній економії часу, беззаперечно, суперечить поспіх, пов'язаний із поверховим дослідженням обставин справи [12, с. 189–190]. З огляду на це, завданням принципу процесуальної економії в судовому провадженні є мінімізація можливих процесуальних перешкод із тим, щоб судовий розгляд був завершений у розумний строк.

Відповідно до ст. 44 ЦПК особи, які беруть участь у справі, зобов'язані добросовісно здійснювати свої процесуальні права і виконувати процесуальні обов'язки. Згідно зі ст. 299 ЦПК суд, установивши, що заявник діяв недобросовісно без достатньої для цього підстави, стягує із заявника всі судові витрати. Таким чином, цивільне процесуальне законодавство України містить прямі заходи відповідальності щодо недобросовісних осіб, чим формує підґрунтя забезпечення принципу процесуальної економії часу.

Також яскравим прикладом дійсного існування та забезпечення цього елементу принципу є використання науково-технічних засобів та відеоконференцз'язку у цивільному процесі, що є виявом реалізації таких засад судочинства, як з'ясування істини та забезпечення прав, свобод та законних інтересів особи, проте значну роль у впровадженні нових технологій у цивільне судочинство завжди відіграла ідея процесуальної економії часу та дій [4, с. 9].

Крім того, останнім часом спостерігається тенденція до більш жорсткого ставлення суду до умисного затягування судового процесу. Така тенденція є позитивним вираженням процесу забезпечення ефективності цивільного судочинства.

Процесуальна економія дії або полегшення процесуальних засобів (простота).

Цей елемент процесуальної економії у цивільному судочинстві розкривається через спрощення процедури реалізації права на судовий захист. Як правило, позивачі змушені звертатися до професійних юристів, що в подальшому будуть виступати їх представниками, крім того, всю необхідну документацію варто скласти відповідно до вимог, послідовно, подавати в строки, як правило, перебувати в залу судового засідання та загалом здійснювати інші процесуальні витрати.

Так, норма ЦПК, закладена в ст. 44, декларує учасникам судового процесу та їхнім представникам заборону зловживання процесуальними правами. Через зловживання процесуальними правами, окрім часової економії, страждає також і процедурна економія. Сторони та суд змушені виконувати зайві процесуальні дії, що зумовлює формування деструктивного впливу на ефективність розгляду справи.

В Україні поки що повною мірою не забезпечується цей елемент процесуальної економії, що не може не настоювати. Тому пропонуються деякі варіанти вирішення цього питання.

В умовах стрімкого науково-технологічного прогресу використання науково-технічних засобів є одним із найперспективніших напрямів пришвидшення та спрощення цивільного судочинства. З метою процесуальної економії доцільно розширити використання науково-технічних засобів у сфері судових викликів та повідомлень, а також розширити можливості автоматизованої системи «Електронний суд», яка повинна працювати у двосторонньому режимі – як у напрямі від суду до учасників цивільного провадження, так і навпаки. Учасники цивільного провадження повинні отримати право надсилати клопотання, заяви, а в перспективі й апеляційні та касаційні скарги

до суду в електронній формі, знайомитися з матеріалами цивільного провадження онлайн тощо [4, с. 14].

Окрім того, цікавою є перспектива впровадження в Україні процедури розгляду позовів із невеликою ціною, схожої на ту, що є результатом міжнародного співробітництва між країнами-учасницями ЄС, а саме уніфікованої (єдиної) наднаціональної процедури розгляду позовів із невеликою ціною – European Small Claims Procedure (ESCP), що була запроваджена з 1 вересня 2009 року Регламентом Європейського парламенту і Ради ЄС від 11 липня 2007 року № 861/2007 про запровадження європейської процедури розгляду позовів із невеликою ціною [13].

Особливістю такої процедури є реальне полегшення доступу до правосуддя шляхом спрощення процедури, скорочення строків і зменшення судових витрат. Преамбула Регламенту декларує необхідність дотримання судами під час здійснення такої процедури права на справедливий і неупереджений розгляд, а також принципу змагальності сторін.

Проте така процедура дещо відрізняється від звичної нам низкою особливостей, що забезпечують принцип процесуальної економії. До особливостей варто відносити: вартісну межу позову; особливі правила збирання доказів; відсутність необхідності звернення як позивача, так і відповідача до юриста – Регламентом затверджені доволі прості та зрозумілі стандартні форми (бланки) процесуальних документів (форми документів містять варіанти заповнення практично всіх пунктів і коротке їх роз'яснення); сторони забезпечуються інформацією про можливості отримання форм документів, порядку їх заповнення, а також правовою інформацією; така процедура є письмовою, проте суд за власною ініціативою або за ініціативою сторін може провести усне судове засідання; сторони не зобов'язані давати юридичну оцінку спору, оскільки передбачається, що в судовому розгляді в такому порядку не братиме участі юрист; суд сприяє примиренню сторін [14, с. 7].

Хоч ця процедура піддається значній критиці в наукових колах (як правило, через прогалини та колізії між міжнародним та національним законодавством), проте ідея процесуального спрощення заслуговує уваги вітчизняного законодавця.

Процесуальна економія коштів.

За ЦПК, сторони під час реалізації права на судовий захист несуть такі судові витрати: судовий збір; витрати, пов'язані з розглядом справи, до яких відносять витрати на професійну правничу допомогу, витрати, пов'язані із залученням свідків, спеціалістів, перекладачів, експертів та проведенням експертизи; витрати, пов'язані з витребуванням доказів, проведенням огляду доказів за їх місцезнаходженням, забезпеченням доказів, та витрати, пов'язані зі вчиненням інших процесуальних дій, необхідних для розгляду справи або підготовки до її розгляду.

Ці витрати можуть бути для сторони неспійдними, у зв'язку з чим може виникнути ситуація, коли конкуруватимуть принципи обов'язковості сплати судових витрат та основоположного принципу доступу до правосуддя. Безсумнівно, більшу значущість отримає принцип доступу до правосуддя, на цьому наголошує і ЄСПЛ, зазначаючи, що надмірні судові витрати, які підлягають сплаті, розмір яких призводить до неможливості розгляду справи, порушує саму сутність права на доступ до суду, а національні суди не спроможні забезпечити належний баланс між інтересами держави щодо отримання судових витрат, з одного боку, і правом на судовий розгляд справи в судовому порядку – з іншого [15]. Така модель формує обов'язок держави всіляко сприяти забезпеченню окремих верств населення особливими пільгами щодо сплати судових витрат.

У зв'язку з цим доволі часто трапляється думка науковців щодо необхідності зменшення судових витрат, а не їх раціоналізації і збалансованого розподілу між державою

та сторонами, що видається не повністю правильним. Не погоджуються з таким твердженням і В.В. Заборотський та А.В. Стойка, які у своїй роботі, посилаючись на працю Р.Л. Сопільника та працю Е.М. Шокуєва, вказали таке: «Підтримуємо позицію тих авторів, які вказують на те, що в межах покращення забезпечення доступу до правосуддя слід говорити про оптимізацію судових витрат, а не просто їх зменшення [16, с. 4014], і з тим розрахунком, щоб цей інститут зміг дійсно забезпечити баланс інтересів особистості, суспільства і держави» [17, с. 3].

Оптимізація судових витрат – це не їх бездумне скорочення, що спричинить збитки державі, це адекватний розподіл витрат за їх ресурсозатратністю. Подібна модель уже деякою мірою присутня у вітчизняному процесуальному законодавстві, проте її розвиток є нагальною потребою, в результаті забезпечення якої вдасться приблизити нашу державу до соціальної (забезпечення доступом до правосуддя незалежно від матеріального стану) та правової (підтримання принципів рівності та справедливості, які є елементами верховенства права).

Висновки. Отже, на основі викладеного матеріалу варто виділити такі узагальнення:

1) Принцип процесуальної економії у цивільному процесі – це комплексний принцип, який дає змогу раціонально розподіляти ресурси і спрямовує цивільний процес

у бік ефективного здійснення судочинства. Нині цей принцип не отримав свого формального закріплення у ЦПК, проте його існування було передумовою закріплення таких засад цивільного судочинства, як розумність строків розгляду справи судом, неприпустимість зловживання процесуальними правами, відшкодування судових витрат сторонами, на користь якої ухвалене судове рішення, та пропорційність.

2) Враховуючи фундаментальне значення ідеї процесуальної економії для організації та розвитку цивільного судочинства, відповідність цієї ідеї критеріям, що вироблені наукою до процесуальних принципів, є всі підстави стверджувати, що процесуальна економія належить до принципів (засад) цивільного процесу.

3) Комплексність принципу процесуальної економії розкривається нерозривною взаємодією його трьох основних елементів, таких як процесуальна економія часу, процесуальна економія дії та процесуальна економія коштів. Кожен із них взаємодоповнюється і забезпечується в сукупності цивільно-процесуальним законодавством.

4) Нині питання процесуальної економії в цивільному судочинстві потребує деякого коригування, зокрема питання часових рамок розгляду справ, процедури розгляду, а також питання матеріальних затрат сторін та держави на прийняття кожного з рішень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний процесуальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*: кодекс від 18.03.2004, редакція від 01.04.2016. URL: режим доступу: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 16.03.2020).
2. Великий тлумачний словник сучасної української мови : 250000 / уклад. та голов. ред. В.Т. Бусел. Київ; Ірпінь: Перун, 2005. VIII, 1728 с.
3. Воронов А.Ф. Принципы гражданского процесса: прошлое, настоящее, будущее. Москва: Издательский Дом «Городец», 2009. 496 с.
4. Канюка І.М. Принцип процесуальної економії в кримінальному судочинстві України : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Одеса, 2015. 22 с.
5. Васильовский Е.В. Учебник гражданского процесса. 2-е изд., переработанное. Москва: Издание Бр. Башмаковых, 1917. 429 с.
6. Про деякі питання дотримання розумних строків розгляду судами цивільних, кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення: Постанова пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ і справ про адміністративні правопорушення від 17.10.2014 № 11 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0011740-14#Text> (дата звернення: 16.03.2020).
7. Рішення Європейського суду з прав людини від 8 листопада 2005 року у справі «Смірнова проти України» (Заява N 36655/02) URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_440#Text (дата звернення: 16.03.2020).
8. Рішення Європейського суду з прав людини від 02 грудня 2010 року у справі «Федіна проти України» (Заява № 17185/02). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_802#Text (дата звернення: 16.03.2020).
9. Case of Matica v. Romania (Application no. 19567/02): Judgment European Court of Human Rights, 2 November 2006. URL: <http://echr.ketse.com/doc/19567.02-en-20061102/> дата звернення: 16.03.2020).
10. Case of Litoselitis v. Greece (Application no. 62771/00): Judgment European Court of Human Rights, 5 February 2004 URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22docnumber%22:%5B%22704042%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-66173%22%5D%7D> (дата звернення: 16.03.2020).
11. Буга В.В. Процесуальні строки у цивільному судочинстві України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.03. Харків, 2013. 220 с.
12. Гурвич М.А. Принципы советского гражданского процессуального права. Избранные труды : в 2 т. Краснодар : Совет. Кубань, 2006. Т. 2. 544 с.
13. EC Regulation № 861/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 establishing a European Small Claims Procedure // *Official Journal of the European Union*. 2007. L. 199/1.
14. Бобрик В.І. Спрощення судового розгляду справ з невеликою ціною позову: європейський досвід і перспективи в Україні. *Підприємництво, господарство і право: наук.-практ. господарсько-правовий журн.* 2016. № 12. С. 4–9.
15. Рішення Європейського суду з прав людини від 19 червня 2001 року у справі «Креуз проти Польщі» (Заява № 28249/95). URL: http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/980_030/print1457382887128729 (дата звернення: 16.03.2020).
16. Сопільник Р.Л. Спрощення судових процедур та скорочення судових витрат як умова забезпечення доступності правосуддя на сучасному етапі. *Path of Science*. 2018. № 4 (2). С. 4011–4016.
17. Шокуєва Е.М. Институт судебных расходов в российском гражданском судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.

АДВОКАТ ЯК СУБ'ЄКТ ЦИВІЛЬНИХ ПРОЦЕСУАЛЬНИХ ПРАВОВІДНОСИН

ADVOCATE AS A SUBJECT OF CIVIL PROCEDURAL LEGAL RELATIONS

Дяченко С.В., к.ю.н., доцент, адвокат,
доцент кафедри цивільного права та процесу
Університет державної фіскальної служби України

Науменко К.С., студентка III курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У статті досліджується нормативно-правове закріплення основ статусу і професійної діяльності адвоката в цивільному процесі, а також приділяється увага аналізу дискусійних проблем цивільного процесуального представництва й особливостей участі адвоката в цивільному судочинстві. Обґрунтовується концепція адвокатського представництва у цивільному процесуальному праві в сучасному українському цивільному судочинстві на основі аналізу конституційного і цивільного процесуального законодавства про адвокатську діяльність і адвокатуру. Загальна мета статті досягається завдяки здійсненню всебічного і повного розкриття змісту інституту адвокатури в цивільному процесі. Досліджується питання діяльності судового представника в сучасному цивільному процесі під час здійснення ним захисту осіб, у яких були порушені права, а також межі здійснення цього захисту. Розглядається питання підстав виникнення судового представництва, місця представника в судовому процесі серед інших осіб, які беруть участь у справі, функцій представника, а також форм і методів реалізації повноважень представника під час здійснення чужого за своєю природою права на захист. Стаття є комплексним дослідженням серед інших наукових робіт у цивільному процесуальному праві України, оскільки вона вивчає та розглядає правове становище адвоката на всіх стадіях цивільного процесу відповідно до чинного законодавства. Певне місце у статті займають дослідження особливостей діяльності адвоката-представника як особливого суб'єкта надання кваліфікованої юридичної допомоги у цивільних справах, реалізації конституційного права на судовий захист у цивільному судочинстві. У роботі досліджено процесуальний статус суб'єктів судочинства, у тому числі поняття, структура, зміст і значення процесуального статусу представника у цивільному процесі. Також у статті висвітлено питання цивільної відповідальності адвоката за неналежне виконання своїх обов'язків. Розглянуто проблему недостатнього регулювання цивільно-правової відповідальності адвоката в чинному цивільному законодавстві, на відміну від дисциплінарної відповідальності, яка детально врегульована нормативно-правовими актами України.

Ключові слова: адвокат, судове представництво, адвокатська діяльність, цивільне судочинство, процесуальні повноваження.

The article examines the legal consolidation of the basics of the status and professional activity of an advocate in civil proceedings, and also pays attention to the analysis of debatable issues of civil procedural representation and the peculiarities of an advocate's participation in civil proceedings. The concept of legal representation in civil procedural law in modern Ukrainian civil proceedings is substantiated on the basis of the analysis of the constitutional and civil procedural legislation on advocacy. The general purpose of the article is achieved through the implementation of a comprehensive and complete disclosure of the content of the bar in civil proceedings. The issue of the activity of a judicial representative in the modern civil process in the protection of persons in whom rights have been violated, as well as the limits of the exercise of this right is investigated. The question of the grounds for the emergence of judicial representation, the place of the representative in the trial among other persons involved in the case, the functions of the representative, as well as forms and methods of exercising the powers of the representative in exercising someone else's right to protection. This article is a comprehensive study among other scientific works in civil procedural law of Ukraine, as it studies and considers the legal status of an advocate at all stages of civil proceedings, and at the stage of execution of a court decision in accordance with applicable law. A certain place in the article is occupied by the formulation and research of the peculiarities of the activity of an advocate -representative as a special subject of providing qualified legal assistance in civil cases, realization of the constitutional right to judicial protection in civil proceedings. The procedural status of subjects of judicial proceedings, including the concept, structure, content and significance of the procedural status of the representative in civil proceedings. This article also covers the issue of civil liability of an advocate for improper performance of his duties. The problem of insufficient regulation of civil liability of an advocate in the current civil legislation, in contrast to disciplinary liability, which is regulated in detail by regulations, is considered.

Key words: an advocate, judicial representation, advocacy, civil proceedings, procedural powers.

Постановка проблеми. В умовах формування громадянського суспільства і створення вільної, ринкової, конкурентоспроможної національної економіки, посилення ролі судового захисту прав, свобод та законних інтересів фізичних і юридичних осіб зростає значення захисту прав і охоронюваних законом інтересів громадян і організацій. Одним із найважливіших елементів механізму забезпечення прав і свобод громадянина в будь-якому суспільстві є гарантія отримання юридичної допомоги. У громадянському суспільстві адвокатура й адвокати є основними суб'єктами реалізації права на захист порушених, оспорюваних або невизнаних прав у всіх видах судочинства. Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначено організаційно-правовий статус адвоката, передбачено заходи, засоби і способи виконання професійних завдань та обов'язків тощо. Необхідність залучення до цивільних процесуальних відносин професійного представника зумовлена як неможливістю особистої участі сторони в процесі, так і добровільним зверненням її за допомогою представника. У зв'язку з цим дослідження діяльності адвоката в сучасному цивільному процесі під

час здійснення ним захисту, а також меж здійснення цього права, місця представника в судовому процесі серед інших осіб, які беруть участь у справі, функцій адвоката-представника, а також форм і методів реалізації його повноважень під час здійснення такого представництва набувають важливого значення.

Аналіз останніх досліджень. Інститут представництва в цивільному процесі, у тому числі участь адвоката-представника в цивільному судочинстві, досліджували такі вчені-юристи, як: В.В. Андреевський, С.С. Бичкова, Ю.В. Білоусов, В.М. Буробін, А.О. Власов, К.В. Гусаров, В.В. Заборовський, В.М. Івакін, В.В. Комаров, В.М. Кравчук, Д.Д. Луспеник, І.А. Павлуник, Л.А. Остафійчук, К.Р. Резворович, С.Ф. Сафулько, О.Д. Святоцький, Є.Г. Тарло, В.І. Тертишніков, О.І. Угрюновська, Д.П. Фіолевський, С.Я. Фурса, Ю.С. Червоний, Г.В. Чурпіта, М.В. Шпак, М.Й. Штефан, В.В. Ярков та інші.

Метою дослідження є розгляд участі адвоката в цивільному процесі, а також аналіз правової природи зазначеного суб'єкта та його процесуальна функція представництва у цивільному процесі. Для досягнення мети

були встановлені такі завдання: 1) вивчення правового статусу адвоката в цивільному процесі; 2) визначення ролі та функцій адвоката в цивільному судочинстві; 3) дослідження основних характеристик цивільно-процесуального представництва; 4) визначення поняття, структури, змісту і значення процесуально-правового статусу адвоката, правового регулювання його діяльності.

Виклад основного матеріалу. Кожна особа має право звернутися до суду для того, щоб отримати захист своїм порушеним, невизнаним або оспорюваним правам, таке право закріплено в багатьох нормативно-правових актах, таких як Конституція України, Цивільний кодекс України, Закон України «Про судоустрій і статус суддів». Здебільшого особи не мають повноцінних юридичних знань для того, щоб самостійно відстояти свої права в судовому процесі, тому вони повинні користуватися послугами спеціально навчених осіб. Ми згодні з авторами, які стверджують, що в умовах сучасного суспільства стає реальним фактом потреба у забезпеченні захисту різних соціальних груп населення, які самі не в змозі здійснити свій захист та представляти свої інтереси у суді [1]. Аналізуючи всі вищезгадані акти, ми можемо сказати, що адвокат у цивільному процесі може мати статус представника або особи, яка надає правову допомогу, захищаючи права своїх клієнтів. Саме адвокати є процесуальними представниками в суді частіше за все. Такої ж думки притримується і Т. Геведзе, який у своєму доробку зазначив, що порівняно з іншими категоріями представників сторін адвокат має більше гарантованих законодавством можливостей щодо збирання доказів, а отже, і їхнього подання до суду [2, с. 74].

Законодавчий принцип участі адвоката у цивільних справах в Україні регулюється як цивільним законодавством України, так і окремими законами та підзаконними актами. Відповідний законодавчий підхід визначає конкретний характер участі адвоката у цивільних справах. Загальний аналіз правових норм, що регулюють діяльність адвоката, дає змогу підтвердити, що адвокат у цивільній справі набуває позиції представника у цивільному судочинстві, де він є гарантом здійснення прав та обов'язків особи, яку представляє. Для того щоб адвокат здійснював свої повноваження правильно, а їх законність не ставилася під сумнів, вони повинні здійснюватися відповідно до вимог закону.

Адвокатом є фізична особа, яка здійснює адвокатську діяльність на підставах і в порядку, що передбачені законом відповідно до п. 1 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність». А згідно з п. 9 ч. 1 ст. 1 цього ж Закону представництво є видом адвокатської діяльності, що полягає в забезпеченні реалізації прав та обов'язків клієнта в цивільному судочинстві та інших видах судочинства [3].

Особливого значення набуває визначення ролі адвоката як самостійного учасника в цивільному судочинстві. Наприклад, А.О. Кірілових указує на те, що адвокат не може виступати як самостійна процесуальна фігура – він пов'язаний повноваженнями, які повинні впливати з його представницької функції [4, с. 59]. Основна думка такої позиції полягає в тому, що в адвоката є певні повноваження, якими його наділяє клієнт, та він діє від імені особи, яку представляє, а тому він не може бути окремим самостійним учасником у судочинстві.

Іншої думки дотримується В.В. Заборовський, який зазначає, що правильніше виходити з похідного характеру виникнення повноважень в адвоката-представника в цивільному процесі, ніж із залежності (процесуальної) адвоката від особи, яку він представляє [5, с. 163]. Тобто, якщо адвокат вчиняє процесуальні дії від імені клієнта в суді, він все одно має власні права та обов'язки – цивільні, що закріплені законодавством України, наприклад Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», та відповідно має й цивільно-процесуальні, які закріплені Цивільним процесуальним кодексом України.

Наступною позицією щодо самостійності адвоката є визнання його окремим суб'єктом, який виконує свої представницькі повноваження поряд з особою, яку він представляє, оскільки заміщення одного суб'єкта іншим не має місця. Ми дотримуємося саме такої думки, оскільки адвокат, виконуючи обов'язки представника, водночас має право самостійно виконувати процесуальні дії.

Адвокат як суб'єкт цивільних процесуальних відносин повинен мати високий професійний рівень, оскільки він несе відповідальність за якість тієї юридичної допомоги, яку він надає. Адвокат повинен бути особою з достатнім рівнем юридичних знань, глибоким юридичним досвідом та усвідомленням сутності основних правил юридичної етики, включаючи збереження конфіденційності інформації, яку він отримує, неприпустимість конфлікту інтересів, компетентність та добросовісність адвоката під час виконання своїх обов'язків. Також адвокат повинен здійснювати свою діяльність відповідно до принципу верховенства права, оскільки він виражає легітимну мету, імперативним засобом здійснення є закон, який априорі є основою здійснення захисту прав від посягань [6, с. 74].

Ст. 26 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає, що адвокатська діяльність здійснюється на підставі договору про надання правової допомоги [3]. Такий договір має цивільно-правову природу та не має спеціальної правової регламентації у ЦК. Договір про надання правової допомоги – це 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 [7, с. 80]. Отже, до цього виду договору використовуються загальні вимоги договірного права.

Якщо ми проаналізуємо повноваження адвоката в українському цивільному процесуальному законодавстві та Законі України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», то можемо побачити, що ці законодавчі акти надають йому дещо різний обсяг цих прав та обов'язків. Так, відповідно до ст. 64 ЦПК представник, який має повноваження на ведення справи в суді, здійснює від імені особи, яку він представляє, її процесуальні права та обов'язки, окрім тих, що заборонені у виданій йому довіреності або ордері [8, с. 43–44]. Тоді як Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» надає ширший та точніший список повноважень адвоката, який здійснює представництво, а також покладає на нього додаткові обов'язки. Наприклад, у ч. 1 ст. 20 цього закону в адвоката є професійні права, які він може вчиняти для належного виконання договору про надання правової допомоги. Зокрема, до таких прав належать: право звертатися з адвокатськими запитами; право представляти і захищати права, свободи та інтереси фізичних осіб, права та інтереси юридичних осіб у суді, органах державної влади та органах місцевого самоврядування; право ознайомлюватися з необхідними для адвокатської діяльності документами та матеріалами; право збирати відомості про факти, що можуть бути використані як докази; право застосовувати технічні засоби; право посвідчувати копії документів у справах; право одержувати письмові висновки фахівців, експертів із питань, що потребують спеціальних знань; а також інші права, передбачені цим Законом та іншими законами [3]. Як ми можемо побачити, коло повноважень адвоката відповідно до Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» набагато ширше від того, що йому надає чинний ЦПК.

Окрім прав, виходячи з його особливого матеріально-правового статусу, цей Закон покладає на адвоката професійні обов'язки: дотримуватися присяги адвоката України та правил адвокатської етики; на вимогу клієнта надати

звіт про виконання договору про надання правової допомоги; невідкладно повідомляти клієнта про виникнення конфлікту інтересів; підвищувати свій професійний рівень; виконувати рішення органів адвокатського самоврядування; виконувати інші обов'язки, передбачені законодавством та договором про надання правової допомоги [3]. Водночас обов'язки, що покладаються на адвоката за ЦПК України, – це обов'язки особи, яку він представляє, до яких належить: виявляти повагу до суду та до інших учасників судового процесу; сприяти своєчасному, всебічному, повному та об'єктивному встановленню всіх обставин справи; з'являтися в судові засідання за викликом суду, якщо явка визнана судом обов'язковою; подавати усі наявні докази в порядку та строки, встановлені законом або судом, не приховувати докази; надавати суду повні і достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні; виконувати процесуальні дії у встановлені законом або судом строки [8, с. 31–32].

Особливістю діяльності адвоката є положення, яке закріплене у п. 3 ч. 2 ст. 21 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», за яким адвокату забороняється займати у справі позицію всупереч волі клієнта, крім випадків, якщо адвокат упевнений у самообмові клієнта [3]. Також важливим є положення в ч. 1 ст. 8 Правил адвокатської етики, за яким у межах дотримання принципу законності адвокат зобов'язаний у своїй професійній діяльності виходити з переваги інтересів клієнтів [9]. Ці положення гарантують клієнту те, що адвокат буде належно виконувати свої обов'язки та зробить усе можливе для надання доцільної правової допомоги.

Потрібно звернути увагу на юридичну відповідальність адвоката за неналежне виконання своїх обов'язків у цивільному судочинстві. Ми погоджуємося із думкою М.В. Шпака, що можна виділяти такі її види, як дисциплінарна, застосування заходів процесуального примусу (у тому числі цивільна процесуальна), цивільно-правова відповідальність та кримінально-правова відповідальність [10, с. 108]. Аналізуючи чинне законодавство та праці науковців, що займалися розглядом відповідальності адвоката, ми можемо побачити, що питання цивільно-процесуальної відповідальності адвокатів не врегульовано законодавством. Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» регулюється питання тільки дисциплінарної відповідальності адвоката та передбачено, що відповідно до ч. 1 ст. 23 вищезгаданого закону адвокати не можуть бути притягнуті до кримінальної чи іншої відповідальності або погрожувати застосуванням відповідальності у зв'язку із здійсненням ними адвокатської діяльності згідно із законом [3].

Оскільки підстави для цивільно-процесуальної відповідальності в законодавстві відсутні, то ми, аналізуючи дослідження науковців, самостійно робимо висновок, що такою підставою є порушення норм цивільного процесуального законодавства щодо надання правничої допомоги клієнту, яке вчинено адвокатом в процесі судового розгляду справи. Ми погоджуємося з думкою, що учасники судового процесу та їхні представники, зокрема адвокат, повинні добросовісно користуватися процесуальними правами [11, с. 66].

Статтею 262 ЦПК зазначено, що суд може постановити окрему ухвалу у випадках зловживання процесуальними правами, порушення процесуальних обов'язків, неналежного виконання професійних обов'язків або іншого порушення законодавства адвокатом або прокурором [8, с. 153–154]. Така ухвала повинна зазначати, який законодавчий акт порушено та яким чином, чи були порушені процесуальні права, чи має місце неналежне виконання професійних обов'язків адвокатом.

Для прикладу притягнення адвоката до відповідальності можемо поглянути на Постанову Полтавського

апеляційного суду у складі колегії суддів судової палати у цивільних справах № 532/928/19 від 24 липня 2019 року, яка була розглянута в порядку спрощеного позовного провадження [12]. У цьому судовому рішенні розглядається апеляційна скарга, в якій адвокат просить скасувати окрему ухвалу суду з мотивів неповного з'ясування обставин, що мають значення для справи, невідповідності висновків суду фактичним обставинам справи, порушення судом норм процесуального права та неправильного застосування норм матеріального права, оскільки раніше районним судом було винесено окрему ухвалу щодо адвоката для вирішення питання про його можливу дисциплінарну відповідальність за неналежне виконання професійних обов'язків та здійснення діяльності в умовах конфлікту інтересів. Адвокат, що подав апеляційну скаргу, зазначав, що в оскаржуваній ухвалі не наведено норм ЦПК, які давали б суду право здійснювати оцінку якості наданої адвокатом юридичної допомоги своєму клієнту, а наявність конфлікту інтересів не доведена. Суд першої інстанції ухвалив рішення, мотивуючись тим, що адвокат заявив безпідставний відвід головному судді та подав позов про визнання права власності на нерухоме майно за набувальною давністю, що не ґрунтується на законних правових підставах, називаючи це зловживанням процесуальними правами адвоката, що спрямовані на безпідставне затягування чи перешкоджання розгляду справи. Крім того, суд вважав встановленим факт надання адвокатом С.С. Галушко правничої допомоги обом сторонам у справі, тобто здійснення діяльності в умовах конфлікту інтересів. Суд апеляційної інстанції з такими доводами не погодився та задовольнив скаргу, вмотивовуючи таке рішення тим, що відповідно до ч. 1 ст. 60 ЦПК представником у суді може бути адвокат або законний представник, а відповідно до ст. 64 ЦПК представник, який має повноваження на ведення справи в суді, здійснює від імені особи, яку він представляє, її процесуальні права та обов'язки, за виключенням обмежень на вчинення певної процесуальної дії, що застережені у виданій йому довіреності або ордері [8, с. 41, 43–44]. Також суд підкреслив, що до процесуальних прав позивача належить право заявляти відводи судді, секретарю судового засідання, експерту, спеціалісту, перекладачу з підстав, передбачених статтями 36, 37, 38 ЦПК України [8, с. 34–35]. Тобто суд апеляційної інстанції зазначив, що суд першої інстанції виніс своє рішення необґрунтовано, а тому таке судове рішення не можна визнати законним та таким, що відповідає вимогам. Аналізуючи це судове рішення, ми можемо відзначити, що суд може визнавати поведінку адвоката неналежною, яка порушує процесуальні права представника, але таке рішення має бути обґрунтоване, законне і відповідати принципам цивільного процесуального права. В іншому випадку ухвала суду щодо цивільної процесуальної відповідальності адвоката може бути оскаржена та, відповідно, скасована, що може бути приводом розгляду в суді нової справи – про захист честі, гідності та ділової репутації адвоката.

Висновки. Таким чином, аналізуючи все вищезазначене, можна стверджувати, що адвокат, який є представником у цивільному судочинстві, в силу свого особливого матеріального статусу має широкий обсяг процесуальних прав та обов'язків, що стосуються представлення інтересів особи, права якої були порушені, у цивільних судових справах та одночасно наділений цивільними правами та обов'язками, зумовленими правовідношенням із клієнтом. Повноваження адвоката дозволяють йому захищати як інтереси громадян або організацій, так і інтереси суспільства. Його процесуальною функцією є представництво, яке не тільки реалізовує права особи, яку він представляє, в судовому розгляді справ, а й захищає її порушені, невизнані або оспорювані права, свободи та інтереси. Під час здійснення правничої діяльності в цивільному судочинстві адвокати повинні спиратися не

лише на чинне законодавство, а й на принципи цивільного процесу та принципи професійної етики. Залежно від характеру, наслідків та ступеня суспільної небезпеки правопорушення, допущеного адвокатом, порушення пра-

вових і моральних приписів можливе настання не тільки цивільно-правової, дисциплінарної, кримінальної відповідальності, а й відповідальності, передбаченої цивільним процесуальним законодавством.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кондраненкова І.К., Полякова А. В., Дяченко С.В. Принцип публічності судового розгляду як основа права на справедливий суд в цивільному судочинстві. *International Electronic Scientific Journal "Science Online"*. URL: <https://nauka-online.com/wp-content/uploads/2019/12/Kondranenkova-Polyakova-Dyachenko.pdf> (дата звернення: 16.03.2021);
2. Геведзе Т. Доказувальна діяльність адвоката-представника як форма реалізації правової позиції по господарській справі. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2013. Вип. 95. С. 72–74;
3. Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» від 03.07.2020 (зі змінами і допов.). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#Text> (дата звернення: 16.03.2021);
4. Кирилловых А.А. *Адвокатская деятельность: юридическая помощь через правовую услугу*. Юрист. 2008. № 8. С. 58–62;
5. Заборовський В.В. Особливості правового статусу адвоката-представника в цивільному судочинстві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія право*. 2015. Вип. 35. С. 161–168;
6. Сидорчук В.О., Дяченко С.В. Верховенство права: науковий погляд, нормативні закріплення, судова практика. *Юридичний бюлетень*. 2018. Вип. 6. С. 71–77;
7. Дяченко С.В., Рябченко Ю.Ю., Самілик Л.О. *Цивільний процес України : практикум*. Ірпінь : Університет ДФС України, 2020. 312 с.
8. Цивільний процесуальний кодекс України від 01.02.2021. *Відомості Верховної Ради України*. 2021. № 40–41, 42. Ст. 304;
9. Правила адвокатської етики від 09.06.2017. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text> (дата звернення: 20.03.2021).
10. Шпак М.В. *Професійне представництво адвоката у цивільному процесі : монографія*. Харків : Право, 2020. 224 с.
11. Дяченко С.В., Красько В.В. Принцип неприпустимості зловживання цивільними процесуальними правами: правова природа та специфіка застосування в судовій практиці. *Приватне та публічне право*. 2019. №4. С. 65–69;
12. Постанова Полтавського апеляційного суду від 24 липня 2019 року. Справа № 532/928/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/833367244> (дата звернення: 13.03.2021).

АКТУАЛЬНІ ТЕНДЕНЦІЇ ФОРС-МАЖОРУ В ДОГОВІРНИХ ЗОБОВ'ЯЗАННЯХ

ACTUAL TRENDS IN FORCE MAJOR IN CONTRACTUAL OBLIGATIONS

Засць Є.Ю., студентка III курсу
факультету адвокатури*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*Кузьміна В.О., студентка III курсу
факультету адвокатури*Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

У статті досліджується сутність форс-мажору як обставини, що є підставою для звільнення від цивільної відповідальності за невиконання чи неналежного виконання зобов'язання. На підставі розглянутих проаналізованих різних визначень форс-мажорної обставини, які надані законодавцем, сформульовано власне поняття. Авторки дійшли висновку щодо можливості та доцільності застосування положень законодавства стосовно непереборної сили до положень щодо форс-мажорної обставини. Також у статті розглянуто та досліджено повноваження Торгово-промислової палати України як суб'єкта, уповноваженого підтверджувати наявність форс-мажору, видавати відповідний сертифікат. На підставі аналізу законодавства зроблено висновок стосовно невичерпності переліку підстав форс-мажорних обставин, які визначені в законодавчих актах. Аргументовано позицію, що під час видачі сертифікату про форс-мажорні обставини потрібно враховувати, як саме та чи інша обставина впливає на належне виконання умов договору та чи існує причинно-наслідковий зв'язок між подією та унеможливленням однієї із сторін належного виконання своїх обов'язків, оскільки самої наявності таких подій є недостатньо. На підставі проведеного аналізу судової практики визначено підстави, за яких проведення антитерористичної операції можна визнавати форс-мажорною обставиною. Також досліджено питання щодо визнання карантину форс-мажором. Значну увагу приділено аналізу законодавчих положень, пов'язаних з особливостями сплати орендної плати у період введення карантинних обмежень. Зроблено висновок, що наймач за таких підстав не звільняється від сплати орендної плати, проте він буде звільнений від відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язання у разі наявності сертифікату ТПП України, який підтверджує факт наявності форс-мажорної обставини. Дослідивши правовий висновок Судової палати, було підсумовано, що наявність форс-мажорної обставини є підставою для звільнення від цивільно-правової відповідальності за несвоєчасне виконання зобов'язання, проте не звільняє сторону від його виконання. Але, враховуючи положення ст.625 ЦК України, сторона повинна відшкодувати іншому контрагенту матеріальні витрати, які виникли внаслідок знецінення грошових коштів, які спричинені інфляційними процесами в країні, а також не позбавляє останнього права на отримання компенсації від боржника за користування утримуваними ним грошовими коштами.

Ключові слова: форс-мажор, невиконання зобов'язань, надзвичайні обставини, звільнення від цивільно-правової відповідальності, випадок.

The article examines the essence of force majeure as a circumstance that is the basis for exemption from civil liability for non-performance of an obligation. Based on the considered analyzed various definitions of force majeure provided by the legislator. The authors have formulated their own definition. The powers of the Ukrainian Chamber of Commerce and Industry (UCCI), as a subject authorized to confirm the presence of force majeure and issue an appropriate certificate, are considered and investigated. The article also concludes that the list of grounds for Force Majeure, which are defined in legislative acts, is not exhaustive. A reasoned position is that when issuing a certificate of force majeure, it is necessary to take into account: how exactly this or that circumstance affects the proper performance of the terms of the contract and whether there is a causal relationship between the event and the impossibility of one of the parties to properly perform its duties, since the very presence of such events is not enough. Judicial practice was analyzed. The authors determined that the grounds for conducting an anti-terrorist operation can be recognized as a force majeure circumstance. The article also examines the issue of recognizing quarantine as force majeure. Considerable attention is paid to the analysis of legislative provisions related to the specifics of paying rent during the introduction of quarantine restrictions. It is concluded that the tenant in this case is not exempt from paying rent, but he will be released from liability for late performance of the obligation in the presence of a certificate of the UCCI, which confirms the presence of force majeure. Having examined the legal conclusion of the judicial chamber, it was summed up that although the presence of force majeure is the basis for exemption from civil liability for late performance of an obligation, it does not release the party from its performance. However, taking into account the provisions of Article 625 of the Civil Code of Ukraine, the party must reimburse the other counterparty for material expenses incurred as a result of depreciation of funds caused by inflationary processes in the country. Also, the above situation does not deprive the latter of the right to receive compensation from the debtor for using the funds held by him.

Key words: force majeure, default, extraordinary circumstances, exemption from civil liability, case.

Постановка проблеми. Під час укладення цивільно-правових договорів важливим моментом є досягнення сторонами згоди щодо усіх істотних умов договору. Сьогодні поширеною є практика, коли усі інші (звичайні) умови, такі як підстави звільнення від відповідальності за порушення зобов'язання, залишаються поза увагою сторін цивільно-правових відносин, а це призводить до низки негативних наслідків. А саме між контрагентами виникає спір: чи може одна із сторін звільнитися від відповідальності за порушення зобов'язання у разі настання форс-мажорної обставини та чи взагалі настала така обставина і як та в якій термін вона має бути підтверджена. Оскільки, як зазначив О.С. Кужко у своїй науковій роботі, як би контрагенти не намагалися максимально чітко виконувати свої зобов'язання, в реальному житті трапляються події, на які вони вплинути не в силах [1, с. 114].

За надзвичайної ситуації, що склалася у світі через поширення гострої респіраторної хвороби COVID-19, як

ніколи важливим є визначення настання форс-мажорних обставин у договорах, а отже, і того, саме за яких умов та чи інша обставина може вплинути на виконання конкретного обов'язку, визначеного договором. І тому з огляду на вищесказане ця тема є надзвичайно актуальною.

Метою дослідження є визначення сутності форс-мажору у договірних зобов'язаннях та дослідження нових особливостей форс-мажорних обставин у договорі, які виникли в сучасних реаліях.

Виклад основного матеріалу. Насамперед варто зазначити, що для українського законодавства характерним є здебільшого використання поняття «непереборна сила», а не «форс-мажор». Наприклад, статтею 218 Господарського Кодексу України (далі – ГК України) визначено, що «суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто

надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності» [2]. Таким же поняттям оперує і Цивільний Кодекс України (далі – ЦК України), визнаючи у п.1 ч.1 ст.263 непереборну силу як надзвичайну або невідворотну за даних обставин подію [3].

І тому відразу виникає актуальне питання: чи є поняття «непереборна сила» та «форс-мажор» тотожними? Так, у Законі України «Про торгово-промислові палати в Україні» законодавець оперує зазначеними поняттями як однорідними, вказуючи, що засвідчення форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) є одним із видів діяльності Торгово-промислової палати України (далі – ТПП України), та надає власне визначення форс-мажорних обставин. Відповідно до положень частини 2 статті 14-1 Закону України «Про торгово-промислові палати в Україні» форс-мажорними обставинами (обставинами непереборної сили) є надзвичайні та невідворотні обставини, що об'єктивно унеможливають виконання зобов'язань, передбачених умовами договору (контракту, угоди тощо), обов'язків згідно із законодавчими та іншими нормативними актами, а саме: загроза війни, збройний конфлікт або серйозна погроза такого конфлікту, включаючи але не обмежуючись ворожими атаками, блокадами, військовим ембарго, дії іноземного ворога, загальна військова мобілізація, військові дії, оголошена та неоголошена війна, дії суспільного ворога, збурення, акти тероризму, диверсії, піратства, безладу, вторгнення, блокада, революція, заколот, повстання, масові заворушення, введення комендантської години, карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України, експропріація, примусове вилучення, захоплення підприємств, реквізиція, громадська демонстрація, блокада, страйк, аварія, протиправні дії третіх осіб, пожежа, вибух, тривалі перерви в роботі транспорту, регламентовані умовами відповідних рішень та актами державних органів влади, закриття морських проток, ембарго, заборона (обмеження) експорту/імпорту тощо, а також викликані винятковими погодними умовами і стихійним лихом, а саме: епідемія, сильний шторм, циклон, ураган, торнадо, буревій, повінь, нагромадження снігу, ожеледь, град, заморозки, замерзання моря, проток, портів, перевалів, землетрус, блискавка, пожежа, посуха, просідання і зсув ґрунту, інші стихійні лиха тощо [4]. Також форс-мажорними обставинами можуть бути визначені й інші умови, які не наведені в переліку вищезгаданої норми, проте відповідають поняттю форс-мажору, не суперечать положенням законодавства, а також узгоджені сторонами договору як такі, що виключають цивільну відповідальність. Отже, можна вважати, що якщо в законодавчому акті йдеться про непереборну силу, то ці положення можна застосовувати і щодо форс-мажору.

Доречною є думка В.П. Слободянюка про те, що форс-мажор можна розглядати як специфічний юридичний факт, з яким пов'язується настання, припинення або зміна певних правовідносин, оскільки він настає не залежно від волі сторін у правовідносинах і зумовлює настання позитивних або негативних наслідків для суб'єктів правовідносин [5, с. 249].

З огляду на зазначене, ми можемо запропонувати власне визначення форс-мажору як об'єктивної обставини, що не залежить від волі сторін, яка є надзвичайною та невідворотною за даних умов подією, що впливає на неможливість виконання контрагентом свого зобов'язання за умовами договору на певний проміжок часу. Важливим якраз і є те, що настання форс-мажорної обставини не звільняє назавжди сторону договору від виконання його умов, адже з'являється лише короткострокове звільнення на час дії надзвичайної чи непереборної обставини.

При цьому варто зауважити, що потрібно розмежовувати настання форс-мажору та істотні зміни обставин у договорі. На відміну від форс-мажору, істотні зміни

обставин у договорі – це непередбачувані обставини, які виникають під час виконання договору, але при цьому належне виконання договору все ж таки залишається можливим, проте дещо ускладненим у силу цих непередбачуваних обставин. Відповідно до частини 2 статті 652 ЦК України, якщо сторони не досягли згоди щодо приведення договору у відповідність з обставинами, які істотно змінилися, або щодо його розірвання, договір може бути розірваний або змінений за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони за наявності умов, які зазначені в цивільному законодавстві [3].

Як уже було зазначено, суб'єктом, уповноваженим засвідчувати настання форс-мажорних обставин та видавати відповідні сертифікати, є Торгово-промислова палата України, а також уповноважені нею регіональні торгово-промислові палати. Такі повноваження цим органам надає вищезгаданий Закон України «Про торгово-промислові палати в Україні». Як підставу для видачі сертифікату законодавець виокремлює: війну, збройний конфлікт або серйозну погрозу такого конфлікту, загальну військову мобілізацію, військові дії, демонстрацію, страйк, епідемії, шторм, пожежу та інші обставини, що можуть вплинути на можливість сторін належно виконувати зобов'язання. Цей перелік форс-мажорних обставин законодавець залишає невичерпним, з чим ми погоджуємося, оскільки неможливо передбачити абсолютно усі обставини, за яких виникнуть об'єктивні перешкоди у виконанні стороною умов договору.

Окрім переліку обставин, які є підґрунтям для видачі сертифікату, законодавець також встановив, що не вважається форс-мажорними обставинами: фінансова та економічна криза, дефолт, недодержання/порушення своїх обов'язків контрагентом боржника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів та низка інших обставин [6].

Під час видачі сертифікату про форс-мажорні обставини необхідно враховувати, як саме та чи інша надзвичайна обставина впливає на виконання положень договору та чи існує причинно-наслідковий зв'язок між подією та унеможливленням однієї із сторін належного виконання своїх обов'язків, оскільки самої наявності таких подій є недостатньо.

Можемо констатувати, що до 2014 року підґрунтям для видачі сертифікатів щодо форс-мажорних обставин здебільшого були досить різноманітні причини: повені, пожежі, засуха тощо, але із вказаного року Торгово-промислова палата почала видавати майже аналогічні сертифікати з приводу однієї підстави – проведення антитерористичної операції (далі – АТО) на сході України.

Але варто зазначити, що не завжди суди визнавали факт проведення АТО форс-мажором, зокрема, досить часто відмову у задоволенні позову аргументували тим, що форс-мажорна обставина сама по собі не має «пріюдиціального» характеру і факт її настання і вплив на конкретні обов'язки за договором необхідно доводити належними доказами. Підтримуємо таку позицію судів, оскільки в період з 2014 року особи могли просто посилатися на те, що на їх території відбувається АТО, не зазначаючи, як саме ця обставина набула ознак форс-мажору для конкретного випадку, оскільки, на їхню думку, проведення антитерористичної операції є загальновідомим фактом, який не потребує підтвердження.

Зокрема, рішенням Генічеського районного суду Херсонської області у справі № 653/2225/14-ц від 10.06.2015 було задоволено позов ПАТ «ВТБ Банк» про стягнення з особи заборгованості за кредитним договором попри те, що відповідач зазначив, що була наявна форс-мажорна обставина, яка полягала у проведенні АТО та окупації АР Крим, у зв'язку з чим він був змушений припинити ведення бізнесу, що викликало неможливість погашення ним заборгованості, що і є, як він вва-

жав, обставиною, яка звільняє його від відповідальності за неможливість виконання свого зобов'язання. Але суд правильно наголосив на тому, що відповідачем належно не була доведена неможливість виконання зобов'язання, бо він не зазначив, яким саме чином проведення АТО та окупація АР Крим вплинули на здійснення ним виплат по кредиту, а також не надав доказів здійснення будь-якої підприємницької діяльності, на відкриття якої ним було отримано кредитні кошти [7].

Схожі позиції висловлювалися також у заочному рішенні Селидівського міського суду Донецької області від 15.04.2015 року у справі № 242/1091/15-ц, а також у Рішенні Апеляційного суду Донецької області від 20.10.2015 року у справі № 22-ц/775/795/2015, а також у низці інших аналогічних рішень. Суди у своїх рішеннях правильно посилалися на спеціально прийняту норму ст. 10 Закону України «Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції», де чітко зазначалося, що єдиним належним та достатнім доказом, який підтверджує настання форс-мажору на час проведення АТО, є сертифікат ТПП України, який особи не пред'являли, зазначаючи про настання обставин непереборної сили [8].

Також варто врахувати і темпоральну ознаку – момент укладення самого договору, оскільки однією з умов для визнання та підтвердження форс-мажорної обставини, відповідно до п. 6.9 Регламенту засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили), є непередбачуваність таких обставин. А отже, якщо сторони уклали договір, знаючи, що на відповідній території проводиться АТО, то вони взяли на себе ризик щодо належного виконання зобов'язання, а тому АТО в такому разі не буде визнаватися форс-мажорною обставиною.

Якщо ж сторона, яка посилалася на неможливість виконання свого зобов'язання через настання форс-мажору, доводила його належним чином, зокрема надавала суду як доказ сертифікат ТПП України, то суди задовольняли такі вимоги.

Аналогічно і факт введення воєнного стану в Україні 26 грудня 2018 року не є сам по собі обставиною, що звільняє сторони від належного виконання своїх зобов'язань, у кожному конкретному випадку необхідно доводити вплив вказаної події на неможливість виконання умов договору.

Свої особливості у звичайне життя внесло поширення на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, через що на території нашої держави були запроваджені відповідні обмежувальні карантинні заходи. Так, Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)» від 17.03.2020 року, де карантин був визнаний форс-мажорною обставиною.

Але, враховуючи положення зазначеного закону, все одно не можна стверджувати, що сторони договору автоматично звільнюються від відповідальності за невиконання договірних зобов'язань. Так само, відповідно до критеріїв визнання та підтвердження форс-мажорних обставин, необхідно встановлювати надзвичайність такої обставини, її непередбачуваність, невідворотність, а також причинно-наслідковий зв'язок між введенням карантинних обмежень та неможливістю виконання стороною своїх конкретно визначених зобов'язань, передбачених умовами договору [6].

Із більшістю зобов'язань питань не виникає – особи необхідно звернутися до ТПП України з належно оформленою заявою, яка встановить вплив обмежувальних заходів на можливість виконання конкретних умов договору, на основі чого буде виданий сертифікат про форс-мажорні

обставини, що і буде підставою для звільнення від відповідальності за невиконання зобов'язання.

Проте актуальності в період введення карантинних обмежень набуло питання щодо сплати орендної плати, точніше навіть її несплати, оскільки більшість підприємців були значно обмежені або взагалі позбавилися можливості користуватися приміщеннями, які винаймають, що призвело до невиконання ними своїх зобов'язань за умовами договору. Положення ЦК України у ч.4 та 6 ст.762 визнають за наймачем право вимагати зменшення або звільнення від сплати за користування майном за час, коли можливість користуватися майном істотно зменшилася або така можливість була відсутня взагалі, через обставини, за які наймач не відповідає [3]. Аналогічні положення також викладені у ч. 2 ст. 286 ГК України [2].

Зазначені вище норми стосуються саме сплати за оренду і були конкретизовані до ситуації з карантинними обмежувальними заходами шляхом внесення до Прикінцевих положень ЦК України пункту 14, в якому законодавець зазначив, що з моменту встановлення карантину і до його відміни (скасування) плата за користування майном або його частиною має бути зменшена за вимогою наймача, котрий здійснює підприємницьку діяльність із використанням цього майна, впродовж усього часу, коли майно не могло використовуватися в підприємницькій діяльності наймача в повному обсязі через запроваджені обмеження та (або) заборони [3]. Отже, за умов коли: 1) підприємницька діяльність наймача була включена до переліку «заборонених» після введення карантинних заходів; 2) він не міг впродовж дії карантину використовувати орендоване майно в повному обсязі; 3) і заявив до наймодавця вимогу про зменшення орендної плати, наймодавець змушений зменшити розмір орендної плати або взагалі звільнити орендаря від сплати останньої.

Настання ж форс-мажорної обставини ніколи повністю не звільняє сторону від виконання своїх обов'язків (наприклад, щодо сплати орендної плати), воно звільняє лише від відповідальності за невиконання, а, отже, в будь-якому разі орендар буде зобов'язаний сплатити орендну плату, навіть якщо в нього буде підтверджений сертифікатом ТПП України факт настання форс-мажорної обставини через введення карантину. В зазначеній ситуації орендар може розраховувати лише на звільнення від сплати штрафних санкцій як відповідальність за порушення грошового зобов'язання, і лише за умови надання належного доказу настання форс-мажору, оскільки сам факт існування карантину на території України не є підтвердженням обставин форс-мажору для відповідного зобов'язання.

Варто звернути увагу на те, що наявність форс-мажорної обставини за договором не звільняє одного з контрагентів від встановленого в законі обов'язку відшкодування витрат іншій стороні внаслідок знецінення грошових коштів, які спричинені інфляційними процесами, а також не позбавляє цю сторону договору права на отримання компенсації від боржника за користування утримуваними ним грошовими коштами. Саме такого висновку дійшла Судова палата у господарських справах ВСУ у Постанові №3-1462гс16 від 12.04.2017 [9].

Відповідно до вище коментованої Постанови, боржник у господарському зобов'язанні не розраховувався з кредитором за газ, посилаючись на проведення АТО в окремих районах Луганської та Донецької областей. Керуючись вже згаданими положеннями законодавства, дійсно, війна є форс-мажорними обставинами, які не залежать від волі боржника. Останній також надав як доказ до суду сертифікат ТПП України, який засвідчив факт та початок дії форс-мажору з квітня 2016 року, які тривають і до сьогодні (на момент розгляду справи). Суди першої, апеляційної та касаційної інстанцій підтримали позицію боржника та відмовили у стягнення нарахованої на борг суми відповідно до положень статті 625 ЦК України.

ВСУ скасував рішення попередніх інстанцій та у своєму рішенні підкреслив, що платежі, які встановлені статтею 625 ЦК України, визнаються як особлива міра відповідальності боржника за прострочення ним виконання грошового зобов'язання. І ця міра має не штрафний характер, як, наприклад сплата неустойки, а компенсаційний. Компенсація передбачає відшкодування витрат кредитора, які виникли внаслідок знецінення грошових коштів, спричинених інфляцією, та в отриманні плати від боржника за користування ним утримуваними грошовими коштами, належними до сплати кредитором.

ВСУ також звернув увагу, що у статті 617 ЦК України встановлені загальні підстави звільнення особи від відповідальності за порушення зобов'язання, а стаття 625 ЦК України є спеціальною та такою, що не передбачає жодних підстав для звільнення від відповідальності за порушення виконання грошового зобов'язання. Отже, проаналізувавши цю справу, ми можемо дійти висновку, що ВСУ застосував принцип права щодо пріоритету спеціальної норми над загальною. Підсумовуючи вищевикладене, можемо дійти висновку, що при настанні форс-мажору особа не звільняється від обов'язку виконання зобов'язання, а також у неї виникає обов'язок із відшкодуванням матеріальних витрат відповідно до вимог

статті 625 ЦК України у разі, якщо йдеться про грошове зобов'язання. Проте однозначним є те, що у такому зобов'язанні саме доведеність форс-мажору є підставою звільнення від сплати неустойки, штрафу та пені як способів забезпечення зобов'язання.

Висновок. Підсумовуючи все вищезазначене, можна зробити висновок, що звільнення сторін від відповідальності за неналежне виконання зобов'язання у разі настання форс-мажору є досить клопітливим питанням, оскільки в кожному випадку належним доказом настання такої події є сертифікат ТПП України, який можна отримати лише за умови встановлення надзвичайності, непередбачуваності, невідворотності такої події, а також встановлення причинно-наслідкового зв'язку між обставиною, яка настала, та неможливістю виконання стороною своїх зобов'язань через її настання. Також у сучасних умовах постійно виникають нові обставини, котрі перешкоджають належному виконанню умов договору контрагентами, що потребує ретельного дослідження цих подій для визнання їх форс-мажором. А якщо вони є зальномасштабними, як-от карантин, то це потребує і спеціального законодавчого врегулювання, постановлення і обґрунтування правових позицій, що дозволило би більш детально врахувати особливості усіх аналогічних ситуацій.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кужко О.С. Підстави звільнення відповідальності в договорі перевезення вантажу. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Сер.: Юриспруденція.* 2013. № 5. С. 114–117. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgiin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&image_file_name=PDF/Nvmgu_jur_2013_5_28.pdf.
2. Господарський кодекс України : Закон України № 436-IV від 16.01.2003 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15/conv#n11> (дата звернення: 03.04.2021).
3. Цивільний кодекс України : Закон України № 435-IV від 16.01.2003 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15/conv#n3076> (дата звернення: 03.04.2021).
4. Про торгово-промислові палати в Україні : Закон України № 671/97-ВР від 02.12.1997 / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/671/97-%D0%B2%D1%80/conv#Text> (дата звернення: 04.04.2021).
5. Слободянюк В.П. Наслідки форс-мажорних обставин для суб'єктів господарських правовідносин. *Молодий вчений.* 2020. №5 (81). С. 248–252. URL: <http://molodyvcheny.in.ua/files/journal/2020/5/51.pdf>
6. Регламент засвідчення Торгово-промисловою палатою України та регіональними торгово-промисловими палатами форс-мажорних обставин (обставин непереборної сили) : Рішення №40(3) від 15.07.2014 / Торгово-промислова палата України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/go/v0040571-14> (дата звернення 03.04.2021).
7. Рішення Генічеського районного суду Херсонської області від 10.06.2015 року у справі № 653/2225/14-ц URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53634577> (дата звернення 05.04.2021).
8. Про тимчасові заходи на період проведення антитерористичної операції: Закон України №1669-VII від 02.09.2014 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1669-18#Text> (дата звернення 05.04.2021).
9. Постанова Судової палати у господарських справах Верховного Суду України від 12.04.2017 № 913/869/14. ЄДРСР. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66119024> (дата звернення: 17.04.2021).

ДОГОВІР ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДОВІРЧОЇ ВЛАСНОСТІ

AGREEMENT AS A BASIS FOR THE RIGHT OF TRUST PROPERTY

Гльків О.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін*Міжнародний економіко-гуманітарний університет імені академіка Степана Дем'ячука*

Статтю присвячено дослідженню договірної конструкції, що стосується виникнення права довірчої власності як способу забезпечення виконання зобов'язань. Визначено, що внутрішні відносини між власником і особою, якій передається на фідучіарній основі майно, охоплюється договірним регулюванням. Адже, передаючи об'єкт власності в довірче управління, власник наділяє довірчого власника певними повноваженнями, похідними від змісту права власності, та встановлює межі їх здійснення. Управління є відображенням використання власності з особливою метою, що відбувається в межах триади повноважень власника, які характеризуються можливістю здійснення їх на власний розсуд.

Особливість довірчої власності полягає в її здійсненні в залежному інтересі з урахуванням обмежень повноважень довірчого власника, визначених законом або договором управління майном. Довірчий власник набуває юридичного повного права власності з одночасною втратою цього правового титулу установником управління, який передає належне йому на праві власності майно для досягнення конкретно встановлених цілей.

З'ясовано, що особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини до з'явлення спадкоємця або до прийняття спадщини, що у випадках, встановлених законом, буде передбачати утримання і догляд за майном на основі договору, який є підставою виникнення довірчих відносин, зміст яких становлять правомочності на вчинення необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини.

Автор підкреслює ту думку, що управлінські відносини можуть виникати відповідно до положень закону на підставі рішень суду, актів державних органів та договорів управління. Незалежно від виду підстави за своєю правовою природою вони є довірчого характеру, змістом яких є здійснення похідних від права власності повноважень володіння, користування і частково розпорядження майном.

Ключові слова: довірча власність, фідучія, власник майна, забезпечення виконання зобов'язань, речове право.

The article is devoted to the study of the contractual structure concerning the emergence of trust property as a way to ensure the fulfillment of obligations. It is determined that the internal relations between the owner and the person to whom the property is transferred on a fiduciary basis are covered by contractual regulation. After all, by transferring the object of ownership to the trust management, the owner gives the trust owner certain powers derived from the content of the property right and sets the limits of their exercise. Management is a reflection of the use of property for a special purpose, which occurs within the triad of powers of the owner, which are characterized by the possibility of exercising them at its discretion.

The peculiarity of trust property is its implementation in the dependent interest, taking into account the limitations of the powers of the trust owner, defined by law or the contract of property management. The trustee acquires the full legal right of ownership with the simultaneous loss of this legal title by the founder of the management, which transfers the property belonging to him on the right of ownership to achieve specific goals.

It was found that the person who manages the inheritance has the right to take any necessary action to preserve the inheritance before the appearance of the heir or to accept the inheritance, which in cases established by law, will provide for the maintenance and care of property on the basis agreement, which is the basis for the emergence of a relationship of trust, the content of which is the authority to take the necessary actions to preserve the heritage.

The author emphasizes the idea that administrative relations may arise in accordance with the provisions of the law on the basis of court decisions, acts of state bodies and management contracts. Regardless of the type of grounds, by their legal nature, they are of a confidential nature, the content of which is the exercise of the rights of possession, use and partial disposal of property derived from the right of ownership.

Key words: trust property, fiduciary, property owner, fulfillment of obligations, property law.

Довірчу власність законодавець трактує особливим видом права власності. Зміст права довірчої власності полягає у передачі установником титулу правомочностей абсолютного характеру разом із майном для досягнення певних цілей в його інтересах або в інтересах визначеної ним особи-вигодонабувача. Така передача повноважень може мати місце на підставі закону або на основі волевиявлення власника. Зовнішньою формою волевиявлення є договір.

Законодавець вніс зміни до ч. 2 ст. 316 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), яка визначає поняття довірчої власності, зробивши акцент на її виникненні на підставі закону або договору. Водночас згідно з ч. 2 ст. 1029 ЦК України договором управління майном може засвідчуватися виникнення в управителя права довірчої власності на отримане в управління майно. Законом чи договором управління майном можуть бути передбачені обмеження права довірчої власності управителя [1].

Договір управління майном належить до договорів про надання послуг. Н.В. Федорченко визначає, що предметом послуг є надання за завданням замовника різного роду послуг, тобто безпосередня діяльність, що полягає у вчиненні виконавцем певних дій або діяльності, а також корисний ефект від вчинення дії або діяльності виконавця, який (мається на увазі ефект) ніколи не набуває форми нової речі. А саму послугу трактує як дію або сукупність дій (діяль-

ність), об'єднаних однією метою – створення корисного ефекту [2, с. 172]. Автор робить акцент на предметі договору про надання послуг – дії або діяльності, результатом яких є корисний ефект. При цьому упускається, що корисний ефект може виражатися в матеріалізованих благах, що є наслідком дії (діяльності) з надання послуги.

На це звертає увагу О.В. Голіна, яка підкреслює, що змістовна суть послуги як об'єкта господарсько-правового регулювання полягає в набутті нею форми економічного блага зі споживною та міною вартістю, яка надається у вигляді системних господарських дій (господарських операцій), що характеризуються різним ступенем відчуженості, відносною синхронністю надання та споживання, неможливістю зберігання і подальшого відчуження замовником [3, с. 9]. Певною мірою авторка суперечить сама собі. Підтверджуючи можливість результату послуги набувати вираз економічного блага зі споживною та міною вартістю, водночас заперечує можливість зберігання і подальшого відчуження замовником.

Однак для надання послуги з управління майном установник управління (власник майна) передає його у вигляді матеріального об'єкта управителю (довірчому власнику). Тому корисний результат може мати матеріалізований вигляд.

На корисний результат послуги звертає увагу В.В. Резнікова, визначаючи послугу як певну діяльність, яка не

пов'язана зі створенням речі (її відновленням, ремонтом, тощо), однак сама по собі породжує відповідне благо, що має споживчу вартість, та в силу своїх корисних властивостей здатна задовольнити певні потреби [4, с. 236].

Не можна послугу трактувати лише як об'єкт правовідносин, який зводиться до дії (діяльності), яка споживається в процесі її надання. Мета послуги полягає в задоволенні певного інтересу. Таку ж ціль переслідують сторони, укладаючи будь-який договір. Отже, сама дія (діяльність) без досягнення корисного для сторін результату не викликає зацікавленості. Умови договору повинні визначати перелік дій, які повинен або може вчинити довірчий власник із майном, яке є об'єктом довірчої власності. Корисний ефект у довірчих відносинах власності полягає у використанні майна з належною турботливістю і найбільш ефективно для власника. Для цього довірчий власник наділяється законом і договором відповідними повноваженнями.

З цим пов'язано те, що деякі автори до договорів, на підставі яких виникає довірна власність, відносять інші види договірних зобов'язань, що, на їхню думку, мають схожі ознаки. Критерієм, як правило, визначається благо для власника. Так, Л.В. Саннікова зазначає, що договір довірчого управління майном має багато спільного із договором доручення та комісії у перелічених договірних зобов'язаннях, авторка виокремлює два види відносин – зовнішні та внутрішні [5, с. 87].

Власне внутрішні відносини між власником і особою, якій передається на фідучіарній основі майно, охоплюється договірним регулюванням. Адже, передаючи об'єкт власності в довічне управління, власник наділяє довірчого власника певними повноваженнями, похідними від змісту права власності, та встановлює межі їх здійснення.

Але в основі довірчого правовідношення лежить матеріалізований об'єкт у вигляді майна. Передаючи майно в довірчу власність, власник ставить перед титульним власником певну мету. Насамперед йдеться про збереження майна з належною турботливістю. Але такий обов'язок довірчого власника може відповідати обов'язку зберігача за договором зберігання.

Повноваження довірчого власника значно ширші й охоплюють правомочності речового характеру, які похідні від змісту права власності. Вони зумовлюють обов'язок також примножувати кількісні і якісні показники переданого в довірчу власність майна.

Зобов'язання, які виникають на підставі договору, який опосередковує передачу у довірчу власність майна, мають зобов'язальну природу. Наслідки невиконання або неналежного виконання будуть визначатися зобов'язальним правом. Водночас до довірчого власника на підставі титулу переходять речові права, зміст яких становлять правомочності, похідні від права власності самого власника.

Правомочності довірчого власника виникають на підставі закону, розпорядчого акту уповноваженого державного органу або волевиявлення власника. Останнє втілюється у відповідній договірній формі.

У літературі немає єдності щодо розуміння правової природи відносин довірчої власності, що виникають на підставі договорів, які опосередковують передачу повноважень власника іншій особі. З цим пов'язано з'ясування місця договірних типів, покликаних регулювати довірчі відносини.

На думку Р.А. Майданіка, довічне управління майном є самостійним договірним типом (різновидом) права на чужу річ, обтяженого цивільно-правовим зобов'язанням із надання послуг і передачі майна. Довірче управління майном належить до групи змішаних правових інститутів, які не можна віднести ні до абсолютних (речових), ні до відносних (зобов'язальних) прав, оскільки одночасно володіє ознаками цих груп [6, с. 301].

Натомість С.А. Сліпченко розглядає конструкцію довірчої власності як речове право, яке виникає у довірчого

власника в результаті покладених на нього в силу рішення органу влади чи добровільно прийнятих обов'язків щодо добросовісного управління майном номінального власника для досягнення цілей в інтересах вигодонабувача, вказаного установником довірчої власності [7, с. 50].

Передача майна в довічне управління, як вважає А.А. Албу, є різновидом посередницького правовідношення. Управитель як особа, що здійснює весь комплекс дій із довірчим йому майном, виступає посередником між установником управління та третіми особами, які отримують вигоду. Однак підкреслює, що управління та представництво як різновиди посередництва не є тотожними категоріями. Управління є ширшим поняттям за значенням, оскільки предметом представництва є дії юридичного характеру, а управління проявляється у фактичних, юридичних та організаційних діях управителя.

Таким чином, управління є відображенням використання власності з особливою метою, що відбувається в межах тріади повноважень власника, які характеризуються можливістю здійснення їх на власний розсуд. Власник має право передавати іншим особам своє право володіння, користування і розпорядження майном, залишаючись при цьому його власником. На цьому ґрунтуються можливості передавати своє майно в управління іншій особі, що не веде до припинення права власності. Отже, під час здійснення управління відбувається не розчленування права власності між установником управління та управителем, а реалізація волі власника майна шляхом передачі управителю належних йому повноважень щодо здійснення правомочностей володіння, користування та розпорядження відповідним майном [8, с. 13].

Водночас І.В. Венедіктова відмежовує довічне управління майном та право довірчої власності, акцентуючи увагу на тому, що довічне управління майном як суто зобов'язальна конструкція відокремлюється від інституту довірчої власності, який являє собою поділ прав, випливаючи із широкого трактування права власності [9, с. 116].

Протилежну позицію займає І.В. Спасиво-Фатєєва, вказуючи, що конструкція довірчої власності є чужою для вітчизняного права, а введення довірчої власності до законодавства руйнує загальні засади правового регулювання права власності як єдиного монолітного абсолютного права і є підставою обґрунтування концепції розчеплення власності [10, с. 308].

Довірча власність є різновидом фідучіарних правовідносин, в яких упорядковуються договірні елементи права власності, що забезпечує здійснення довірчої власності в чужому інтересі або досягнення корисної мети. Право довірчої власності є похідним від категорії «право власності».

Особливість довірчої власності полягає в її здійсненні в залежному інтересі з урахуванням обмежень повноважень довірчого власника, визначених законом або договором управління майном. Довірчий власник набуває юридичного повного права власності з одночасною втратою цього правового титулу установником управління, який передає належне йому на праві власності майно для досягнення конкретно встановлених цілей. В інтересах визначених осіб передбачено два види довірчої власності, що виникає на підставі договору управління майном та/або закону [11, с. 667].

Законодавець в ЦК України (в ч. 2 ст. 316) визначив довірчу власність як особливий вид права власності. Отже, констатується факт існування довірчої власності, яка виникає відповідно до договору або закону. Таким договором є договір управління майном та його різновиди. Навіть у випадках, коли управління майном виникає зі вказівок закону, правовою формою опосередкування відносин довірчої власності є договір.

Так, згідно зі ст. 1285 ЦК України, якщо у складі спадщини є майно, яке потребує утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання

його в належному стані, нотаріус (а в населених пунктах, де немає нотаріуса – відповідний орган місцевого самоврядування) у разі відсутності спадкоємців або виконавця заповіту укладають договір на управління спадщиною з іншою особою.

Особа, яка управляє спадщиною, має право на вчинення будь-яких необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини до з'явлення спадкоємця або до прийняття спадщини. Таким чином, у випадках, встановлених законом, утримання і догляд за майном здійснюється на основі договору, який є підставою виникнення довірчих відносин, зміст яких становлять правомочності на вчинення необхідних дій, спрямованих на збереження спадщини. Таким чином, у коментованому випадку мають місце відносини фидуціарного характеру, які опосередковуються договором, хоча положення щодо управління майном передбачені законом.

Згідно із ст. 44 ЦК України, на підставі заяви заінтересованої особи, на підставі рішення суду про визнання особи безвісно відсутньою нотаріус за останнім місцем її проживання описує належне їй майно та устанавлює над ним опіку. Опікун над майном фізичної особи, яка визнана безвісно відсутньою, або фізичної особи, місце перебування якої невідоме, приймає виконання цивільних обов'язків на її користь, погашає за рахунок її майна борги, управляє цим майном в її інтересах [1].

Як бачимо, в цьому разі законодавець використовує термін «управління». Цивільні права та обов'язки можуть виникати у випадках, встановлених актами цивільного законодавства. Але для здійснення цивільних прав є конкретні правові форми. Опікун майна наділяється повноваженнями, які конкретно не визначені законом. Законом сформульовані оціночні поняття. Конкретних вимог законом не встановлено щодо змісту управління майном, над яким встановлена опіка. Необхідно під час здійснення управління виходити із загальних засад цивільного законодавства, визначених у ст. 3 ЦК України, і насамперед принципів справедливості, добросовісності та розумності.

У контексті відносин управління майном, яке виникло в рамках відносин опіки, опікун повинен ставитися до такого майна як до свого власного, виходячи із загальноприйнятої вимоги щодо турботливості і добросовісності. Тобто опікун здійснює повноваження щодо майна безвісно відсутньої особи на засадах довірчої власності. Підставою виникнення зазначеного правовідношення буде рішення суду відповідно до положень закону. Але в коментованому випадку законом не передбачена вимога укладення з опікуном договору довірчого управління майном. Управління майном слід розглядати як речове право, яке виникло на підставі рішення суду. Натомість згідно із ст. 1285 ЦК України у разі необхідності утримання, догляду, вчинення інших фактичних чи юридичних дій для підтримання майна в належному стані, яке є у складі спадщини, нотаріус (а в населених пунктах, де немає нотаріуса – відповідний орган місцевого самоврядування) у разі відсут-

ності спадкоємців або виконавця заповіту укладає договір управління спадщиною з іншою особою.

У разі відсутності спадкодавця або виконавця заповіту особою, яка управляє спадщиною, до складу якої входить земельна ділянка, є сільська, селищна, міська рада за місцезнаходженням такої земельної ділянки. У такому разі закон не вказує, чи укладається договір управління спадковим майном із відповідним органом територіального самоврядування.

Законом визначено суб'єкти управління та умови, у разі настання яких повноваження довірчого управління переходять до відповідного органу місцевого самоврядування, на території якого знаходиться земельна ділянка, що входить до складу спадщини. Законодавець чітко не визначає обсяг майна, яким уповноважений управляти відповідний орган місцевого самоврядування (весь склад спадщини чи лише земельна ділянка). Виходячи з положень ст. 1277 ЦК України про відумерлість спадщини, можна дійти до такого висновку.

У разі відсутності спадкоємців за заповітом і за законом, усунення їх від права на спадкування, неприйняття ними спадщини, а також відмови від її прийняття орган місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини (а якщо до складу спадщини входить нерухоме майно – за його місцезнаходженням) зобов'язаний подати до суду заяву про визнання спадщини відумерлою. Заява про визнання спадщини відумерлою подається після спливу одного року з часу відкриття спадщини. Спадщина, визнана судом відумерлою, переходить у власність територіальної громади за місцем відкриття спадщини, а нерухоме майно – за його місцезнаходженням. Тому логічно, що територіальна громада має повноваження управління, яке надалі може припинитися шляхом поєднання в одній особі управителя та власника після визнання спадщини відумерлою. Водночас заява про визнання спадщини відумерлою може також бути подана кредитором спадкодавця, а якщо до складу спадщини входять земельні ділянки сільськогосподарського призначення – власниками або користувачами суміжних земельних ділянок. У такому разі суд залучає до розгляду справ органи місцевого самоврядування за місцем відкриття спадщини та/або за місцезнаходженням нерухомого майна, що входить до складу спадщини.

Отже, заінтересованими особами у збереженні спадкового майна можуть бути також інші суб'єкти, які претендують на перехід до них речових прав спадкодавця. Тому договір управління спадковим майном може бути укладено з однією з перелічених осіб з описом майнових складників спадщини.

Таким чином, можна дійти висновку, що управлінські відносини можуть виникати відповідно до положень закону на підставі рішень суду, актів державних органів та договорів управління. Незалежно від виду підстави за своєю правовою природою вони є довірчого характеру, змістом яких є здійснення похідних від права власності повноважень володіння, користування і частково розпорядження майном.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України (2003): Закон України від 16.01.2003 р. №435-IV. *Офіційний вісник України*. 2003. № 11. Ст. 461
2. Федорченко Н.В. До питання про предмет договору про надання послуг. *Держава і право*. Вип. 66. Київ: Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького НАН України. 2014. 165–173 с.
3. Голіна О.В. Господарсько-правова інституалізація договорів про надання послуг: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.04. Харків, 2016. 20 с.
4. Резнікова В.В. Послуга як правова категорія та ознака посередницьких договорів. Університетські наукові записки. 2007. №4. 34–240 с.
5. Саннікова Л.В. Обязательства об оказанию услуг в российском гражданском праве: монография. Москва: Волтерс Клувер, 2007. 160 с.
6. Майданик Р.А. Проблеми довірчих відносин у цивільному праві. Київ: Видавничо-поліграфічний центр «Київський університет», 2002. 502 с.
7. Сліпченко С.А. Право довірительної собствності: монография. Харьков: Консум. 2000. 176 с.
8. Албу А.А. Цивільно-правове регулювання управління майном: автореф. дис. ... канд. юрид. наук, 12.00.03. Івано-Франківськ, 2016. 18 с.
9. Венедіктова І.В. Договір довірчого управління майном в Україні: навчально-науковий посібник. Харків: Консум. 2004. 216 с.
10. Спасибо-Фатеева І.В. Право власності в об'єктивному і суб'єктивному розумінні. Цивільне право України: підручник Т.2. За ред. В.І. Борисової, І.В. Спасибо-Фатеевої, В.Л. Яроцького. Київ: Юрінком Інтер, 2004. 656 с.
11. Майданик Р.А. Речове право: підручник. Київ: Алерта, 2019. 1162 с.

ОСОБЛИВОСТІ ВИКОРИСТАННЯ ЕЛЕКТРОННИХ ДОКАЗІВ У СИСТЕМІ ЗАСОБІВ ДОКАЗУВАННЯ В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

PECULIARITIES OF USING ELECTRONIC EVIDENCE IN THE SYSTEM OF MEANS OF PROOF IN CIVIL PROCEDURE

Кравцов С.О., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Завгородня А.С., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Точій А.О., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено питанню особливостей використання електронних доказів у системі засобів доказування у цивільному процесі. Акцентується увага на актуальності вказаної теми. У статті досліджено стан наукової розробленості та нормативного врегулювання питання використання електронних доказів у цивільному провадженні. Проаналізовано погляди науковців на поняття «електронні докази». Проведено аналіз теоретичних і практичних положень про електронні докази як засоби доказування в цивільному процесі. Особлива увага приділяється характеристиці електронних доказів відповідно до чинного законодавства. Виокремлено ознаки електронних доказів, які вирізняють їх із-поміж інших засобів доказування. Досліджено проблеми використання електронних доказів у цивільному провадженні. Визначено критерій для розмежування оригіналів та електронних копій електронних доказів, запропоновано розв'язання проблеми посвідчення письмових копій електронних доказів.

Проведено аналіз судової практики та позицій Верховного Суду щодо подання та оцінки електронних доказів. Особливо приділено увагу питанню дослідження електронних доказів. Виявлено найбільш істотні проблеми, які виникають під час встановлення обставин цивільних справ за допомогою електронних доказів. Визначено особливості отримання (збирання) електронних доказів з огляду на їхню складну нематеріальну природу з метою їхньої подальшої позитивної оцінки за критеріями допустимості та належності. Досліджено проблеми, які існують на законодавчому рівні регулювання, що стосуються подання як оригіналів електронних доказів, так і їхніх копій до суду. Також у роботі акцентується увага на питаннях порядку та особливостей дослідження електронних доказів, їхньої оцінки судом і на проблемах, що виникають і можуть виникнути на практиці через таке дослідження та оцінку судом.

На основі проведеного аналізу автор робить висновки з цього питання, що мають певне науково-практичне значення для цивільного судочинства. Також запропоновано шляхи розв'язання вищенаведених проблем шляхом внесення відповідних змін до чинного процесуального законодавства України.

Ключові слова: докази, засоби доказування, електронні докази, електронний документ, цивільний процес.

The article is devoted to the question of the peculiarities of the use of electronic evidence in the system of means of proof in civil proceedings. Emphasis is placed on the relevance of this topic at the moment. The article examines the state of scientific development and regulatory regulation of the use of electronic evidence in civil proceedings. The views of scientists on the concept of "electronic evidence" are analyzed. An analysis of theoretical and practical provisions on electronic evidence as a means of proof in civil proceedings. Particular attention is paid to the characterization of electronic evidence in accordance with applicable law. The features of electronic evidence that distinguish them from other means of proof are highlighted. The problems of using electronic evidence in civil proceedings have been studied. The criterion for distinguishing between originals and electronic copies of electronic evidence is determined, the solution of the problem of certification of written copies of electronic evidence is offered.

An analysis of the case law and the position of the Supreme Court on the submission and evaluation of electronic evidence. Special attention is paid to the issue of electronic evidence research. The most significant problems that arise in establishing the circumstances of civil cases with the help of electronic evidence have been identified. The peculiarities of obtaining (collecting) electronic evidence in view of their complex intangible nature are determined for the purpose of their further positive assessment according to the criteria of admissibility and affiliation. The problems that exist at the legislative level of regulation concerning the submission of both originals of electronic evidence and their copies to the court have been studied. The paper also focuses on the procedure and features of the study of electronic evidence, their evaluation by the court, and the problems that arise and may arise in practice in connection with such research and evaluation by the court.

Based on the analysis, the author draws conclusions on this issue, which have some scientific and practical significance for civil proceedings. Ways to solve the above problems by making appropriate changes to the current procedural legislation of Ukraine are also proposed.

Key words: evidence, means of proof, electronic evidence, electronic document, civil process.

Постановка проблеми. 23 листопада 2017 року відбувся черговий етап судової реформи – Президент України підписав Закон про внесення змін серед іншого до Цивільного процесуального кодексу України. Запроваджені зміни суттєво вплинули на інститут судового доказування – вперше на законодавчому рівні почали діяти норми, що надають електронним доказам характеру самостійного засобу доказування та відрізняють їх від письмових та речових доказів. Вказані зміни свідчать про розвиток науково-технічного прогресу, удосконалення засобів зв'язку та зберігання інформації,

а закріплення на законодавчому рівні нових видів доказів та їх використання свідчить про якісно новий рівень здійснення судочинства. В умовах невпинно зростаючої питомої ваги використання різноманітних інформаційних технологій у суспільних відносинах, електронного листування, появи та стрімкого розвитку електронної комерції, електронних засобів платежу потреба такого засобу доказування як електронний доказ назріла давно. Водночас, відносна новизна вищезгаданих джерел доказування зумовлює виникнення певних труднощів їх використання на практиці.

Актуальність теми. Проблематика використання електронних доказів у судовому процесі була предметом дослідження таких науковців, як А.П. Вершинін [14], М.В. Горелов [15], А.Ю. Каламайко [4], А.М. Найченко [5], В.С. Петренко [6], Т.В. Степанова [13], Н.О. Чечіна [16], Д.М. Чечота [16] та інші. Водночас треба наголосити, що використання електронних доказів із початку 2020 року стало більш активним. Така ситуація обумовлена, на жаль, впровадженням карантинних обмежень, спричинених розповсюдженням у світі пандемії на захворювання COVID-19. Рада суддів України своїм листом від 16.03.2020 р. рекомендувала встановити на період карантину особливий режим роботи судів України, надіславши про це відповідний лист на адресу Верховного, Вищого антикорупційного, місцевих та апеляційних судів, а також встановити особливий режим роботи судів України, зокрема роз'яснити громадянам можливість відкладення розгляду справ, розгляд справ без участі сторін у зв'язку із карантинними заходами та можливість розгляду справ в режимі відеоконференції. (*Лист Ради суддів України від 16.03.2020 р. адресований Верховному Суду, Вищому антикорупційному суду, місцевим та апеляційним судам*). Неможливість в умовах карантину, проводити судові засідання, підготовчі судові засідання, спричинило активування подальшого запровадження електронного суду та використання електронних доказів, що має свої особливості, можливостей зловживання цивільними процесуальними правами тощо. З огляду на викладене вбачається вкрай актуальним дослідження особливостей використання електронних доказів в цивільному процесі, виокремлення можливих недоліків та формування власних пропозицій по вдосконаленню цього інституту.

Метою статті є дослідження особливостей та можливих проблем використання електронних доказів у цивільному провадженні, та, за наслідками проведеного аналізу, формування власних пропозицій задля вдосконалення системи електронного доказування. Задля досягнення окресленої мети було визначено такі завдання:

- визначити правову природу електронного доказу, його поняття, ознаки та властивості, та встановити його місце в системі засобів доказування;
- проаналізувати практику використання законодавчих положень у цій сфері судами нашої держави, зосередивши увагу на позиціях Верховного Суду України;
- на основі проведеного дослідження сформулювати та обґрунтувати необхідність внесення відповідних законодавчих змін в частині збирання, дослідження та оцінки електронних доказів під час розгляду цивільних справ.

Виклад основного матеріалу дослідження. Чинне цивільне процесуальне законодавство виокремлює такі засоби доказування:

- 1) письмові докази;
- 2) речові докази;
- 3) електронні докази;
- 4) висновки експертів;
- 5) показання свідків.

Водночас електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема електронні документи (наприклад, текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), вебсайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі (частина 1 статті 100 ЦПК України) [2].

Отже, законодавець чітко виокремив електронні докази в системі засобів доказування. Разом з цим, у науковій літературі відсутня єдність поглядів щодо місця електронних доказів в системі засобів доказування. Так, Д.М. Чечота [16, с. 156] та О.А. Виноградовою висловлена думка, що всі сучасні джерела інформації охоплюються вже відомими процесуальному законодавству засобами доказу-

вання і їх (*електронні докази – прим.*) необхідно відносити або до речових, або до письмових доказів. Вказаний підхід застосовано законодавцем Німеччини, який електронні документи відносить до речових доказів. А, прикладом, за цивільним процесуальним законодавством Франції та Італії електронні документи розглядають як письмові докази. На думку А.П. Вершиніна, віднесення електронних документів до письмових доказів ґрунтується на тому, що відомості, які містяться в електронних документах, являють собою людську думку (поняття, судження, умовиводи і так далі) щодо реальної дійсності [14, с. 250]. Проте не можна погодитись із таким твердженням, адже в електронного документа немає одного з найважливіших ознак письмових доказів – письмової форми.

Представники іншої групи науковців вказують на необхідність виокремлення електронних доказів як окремого засобу доказування. Щодо цього слушно видається правова позиція М.В. Горелова, який відносить електронні докази до самостійної групи доказів, вказуючи на специфічну форму їх отримання і закріплення [15, с. 58–60]. Вказана позиція заслуговує на увагу, адже електронним доказом є будь-яка інформація в електронній (цифровій) формі, зокрема відео- та звукозаписи. Значення для розв'язання спору має не сам по собі електронний доказ (його зовнішня форма), а інформація, яка на ньому міститься – відео-, звукозаписи, вебсайти тощо. Тобто вказане унеможлиблює віднесення цих доказів до речових, та тим паче до письмових доказів. Окрім того, як слушно зауважив В.С. Петренко, електронний доказ має специфічну форму, яка, у свою чергу, може бути пред'явлена суду. А форма виразу електронного доказу призведе до особливої форми дослідження та оцінки такого доказу судом з обов'язковим використанням технічних засобів. Тому виникла необхідність встановлення та правового закріплення порядку дослідження та оцінки електронного документа як доказу у цивільному процесі, що обумовлює необхідність відокремлення електронного доказу як окремого засобу доказування [6, с. 62]. З огляду на викладене, позиція законодавця щодо виокремлення електронного доказу як окремого засобу доказування, є цілком обґрунтованою. Визначившись із місцем електронних доказів у системі засобів доказування, важливо дослідити правову природу цього явища.

На думку А.Ю. Каламайко, електронними засобами доказування є «передбачені законом процесуальні форми залучення текстової, звукової та візуальної інформації, яка створена та збережена за допомогою технічних та програмних засобів» [4, с.128].

Проаналізувавши законодавчі приписи щодо інституту електронних доказів, вважаємо за потрібне приєднатися до позиції А.М. Найченко, яка зазначає такі основні ознаки електронний доказів:

- нематеріальний вигляд;
- можливість існування оригіналу електронного доказу в кількох місцях одночасно;
- можливість, без втрати характеристик, копіювання на різні пристрої;
- для відтворення необхідно використовувати відповідні технічні засоби [5, с. 77].

Варто зазначити, що видів електронних доказів існує досить багато. Останнім часом набули значного поширення партнерські переговори на відстані за допомогою мережі Інтернет, люди дедалі частіше переходять на спілкування за допомогою месенджерів, переписка між особами щодо вчинення якихось юридично значущих дій – все це стало звичною частиною сучасного життя. У зв'язку з цим, одним із різновидів способу доказування в цивільному судочинстві є електронна переписка.

Досліджуючи природу електронних доказів, Т.В. Степанова зазначила, що «договір, акти звірки та листування між сторонами, що були реалізовані в письмовій формі,

проте в подальшому відскановані для подачі до суду, не можна вважати електронними доказами, оскільки першоджерело цих даних – паперовий носій» [13, с. 15]. Отже, автор під електронним доказом в сенсі використання цього терміна Процесуальним кодексом (ст. 100 ЦПК України) розуміє саме докази, першоджерелом яких є електронний носій. Проте аналіз судової практики свідчить про зворотне. Так, у справі № 914/2505/17 як доказ на підтвердження факту приймання-передачі робіт було надано електронне листування. Суди першої та апеляційної інстанції вирішили, що електронне листування не підтверджує факт приймання-передачі робіт. Натомість Верховний Суд врахував, що сторони не заперечували належність їх працівникам електронних адрес, використаних в листуванні. З огляду на це Верховний Суд дійшов висновку, що електронне листування можна використовувати у доказуванні. Верховний Суд, зокрема, констатував, що «Обмін сторонами інформацією при виконанні договірних зобов'язань шляхом надіслання електронних листів уже давно став частиною ділових звичаїв в Україні», а також «...здійснення електронної переписки як усталеного звичаю ділового обороту в Україні, що не вимагає довірливого врегулювання та визнається цивільним звичаєм за статтею 7 ЦК України» [7].

Окремо варто приділити увагу питанню дослідження електронних доказів. Так, якщо першоджерелом є електронний носій, то навіть роздруківка інформації, засвідчена належним чином, не визнається та не повинна визнаватися письмовим доказом. Тому суд може витребувати електронний носій для огляду та дослідження, проведення додаткових досліджень із залученням спеціаліста або експерта, об'єктом якого стане саме електронний носій (першоджерело). І у разі, якщо оригінал електронного доказу не подано, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність поданої копії (паперової копії) оригіналу, такий доказ за розповсюдженою судовою практикою не береться судом до уваги.

Прикладом цього є справа № 264/949/19: позивач звернувся з позовом до товариств про захист прав на знак для товарів і послуг. Позивач зазначав, що він є власником торговельної марки на підставі свідоцтва на знак для товарів і послугою Йому стало відомо, що відповідачі в своїй господарській діяльності незаконно використовують вказаний знак для товарів і послуг без отримання його згоди, а саме рекламують цю продукцію та реалізують її, в тому числі і за кордон.

Суд першої інстанції у задоволенні позову відмовив, оскільки позовні вимоги належними та допустимими доказами у справі не підтверджено.

Апеляційний суд ухвалив нове рішення, яким позовні вимоги задовольнив частково. Суд встановив, що на сайті міститься інформація про те, що підприємство спеціалізується на розробці та виготовленні обладнання, в тому числі із зазначенням знака, що свідчить про його використання з комерційною метою.

Проте, суд апеляційної інстанції не взяв до уваги сумнівів представника відповідача, яка в судовому засіданні зазначала, що вебсайт не належить товариству, ТОВ «ТБ «Азовмашпром» не відомо хто є власником цього сайту та хто саме наповнює його інформацією, тому такі скріншоти не можуть бути належними доказами, які підтверджують незаконне використання торговельної марки, та наявності інформації на цих сайтах. Отже, представник відповідача ТОВ «ТБ «Азовмашпром» поставила під сумнів відповідність поданої копії (паперової копії) оригіналу електронного доказу, у зв'язку із чим суд апеляційної інстанції повинен був дослідити оригінал цього доказу. Верховний Суд у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду в постанові від 13 січня 2021 року по справі №264/949/19 зазначив, що якщо подано копію (паперову копію) електронного доказу,

суд за клопотанням учасника справи або з власної ініціативи може витребувати у відповідній особі оригінал електронного доказу. Якщо оригінал електронного доказу не подано, а учасник справи або суд ставить під сумнів відповідність поданої копії (паперової копії) оригіналу, такий доказ не береться судом до уваги.

Досліджуючи особливості дослідження та оцінки електронних документів, необхідно вказати на необхідності створення належних технічних умов, використанні спеціальної апаратури, за допомогою якої можливо було б відтворити зміст електронних засобів доказування та дослідити певну доказову інформацію. На практиці виникає ситуація, коли електронні докази не досліджуються судом як прямі в силу технічної невідповідності суду або існуючого протягом тривалого часу паперового документообігу в судах.

Окремо треба зупинитися на особливостях подання таких доказів до суду. Відповідно до ч.2 ст. 100 ЦПК України електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис». З аналізу процитованої норми вбачається, що вимога щодо наявності електронного підпису на електронному доказі у законодавстві є чітка позиція: його обов'язковість передбачається лише в тому разі, якщо документ подається в електронній копії. Разом з цим, позиція судів з цього питання свідчить про обов'язковість електронного цифрового підпису (далі – ЕЦП). 14 лютого 2019 р. Велика Палата Верховного Суду в межах справи № 9901/43/19 (П/9901/43/19) зазначила, що саме електронний цифровий підпис є головним реквізитом такої форми подання електронного доказу. Брак такого реквізиту в електронному документі заперечує підстави вважати його оригінальним, а отже – належним доказом у справі [12]. Аналогічна правова позиція Верховний Суд висловив у Постанові від 19 грудня 2018 р. у справі № 226/1204/18, від 4 грудня 2018 р. у справі № 2340/3060/18, від 23 листопада 2018 р. у справі № 813/1368/18, від 14 грудня 2018 р. у справі № 804/3580/18. Отже, як оригінал, так і копія електронного документа обов'язково мають бути засвідчені ЕЦП.

Це узгоджується також із профільним законом – Закон України «Про електронні документи та електронний документообіг», відповідно до статті 7 якого оригіналом електронного документа вважається електронний примірник документа з обов'язковими реквізитами, у тому числі з електронним підписом автора або підписом, прирівняним до власноручного підпису відповідно до Закону України «Про електронні довірчі послуги» [3].

Водночас, коли йдеться про надання до суду скріншотів листування електронною поштою, судовою практикою щодо обов'язкової наявності ЕЦП в таких випадках є неоднозначною. В Ухвалі Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ від 6 серпня 2014 р. у справі №6-6328св14 суд касаційної інстанції зазначив: «Електронний підпис є обов'язковим реквізитом електронного документа, який використовується для ідентифікації автора та/або підписувача електронного документа іншими суб'єктами електронного документообігу. Листування фізичних осіб, яке здійснюється шляхом використання електронної пошти, до таких документів не належить. Отже, немає потреби посвідчувати електронні листи ЕЦП».

Так, у справі №923/566/19, яка переглядалася Верховним Судом, господарські суди прийняли у якості належних та допустимих доказів скріншоти листування електронною поштою (Постанова Верховного Суду від 17 березня 2020 р.) [10]. Є також приклади оцінки судами скріншотів із офіційного інтернет-порталу СЕТАМ у справах стосовно продажу майна з публічних торгів (Постанова Верховного Суду від 10 грудня 2019 р.), або скріншота зі спеціалізованого програмного забезпечення

підприємства у спорі з контролюючим органом щодо податкових накладних (Постанова Верховного Суду від 14 травня 2020 р.).

Протилежну позицію висловив Верховний Суд у справі №910/1162/19. Суд погодився з оцінкою судів попередніх інстанцій про відсутність доказів того, що копії договору, видаткової накладної та електронних листів, скріншоти яких наявні в матеріалах справи, підписувалися кваліфікованим електронним підписом (далі – КЕП) уповноваженої на те особи. Такі обставини, на думку судів, унеможливають ідентифікацію відправника повідомлення, а зміст такого документа не є захищеним від внесення правок (Постанова Верховного Суду від 16 березня 2020 р.) [9]. Окрім з'ясування достовірності змісту електронних доказів, суди звертають увагу на автентичності самої особи-автора таких документів, яка є стороною у справі. У справі № 908/1264/18 Верховний Суд погодився з позицією місцевого господарського суду, який з'ясував питання офіційності електронної адреси однієї зі сторін спору, з якої були відправлені електронні листи, подані як доказ, та особи-відправника цих електронних листів (Постанова Верховного Суду від 7 листопада 2019 р.). Судом встановлено, що вищезазначені докази не містили КЕП, який дозволив би ідентифікувати відправника, що сукупно дало підстави вважати ці докази неналежними. Така ситуація зумовлює необхідність внесення змін до чинного законодавства з метою приведення судової практики до єдності щодо обов'язковості наявності ЕЦП на всіх видах електронних доказів [8].

Крім того, слід наголосити на необхідності внесення змін, зокрема до ст. 14 та ст. 100 ЦПК, які містять посилання на Закон України «Про електронний цифровий підпис», який втратив чинність через ухвалення Закону України «Про електронні довірчі послуги». Останній закон узагалі не містить такого поняття, як «електронний цифровий підпис», натомість надає визначення поняттю «електронний підпис» – електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються ним як підпис.

Ще однією проблемою, яка може виникнути через подачу електронного доказу, є можливість порушення

комунікативної приватності особи. Стаття 31 Конституції України гарантує таємницю листування, телефонних розмов, телеграфної та іншої кореспонденції [1]. Убачається необхідним створення спеціального захищеного сховища електронних доказів, адже вказаний файл (інформація, сайт) може містити приватну інформацію про певну особу або спотворену чи перекручену інформацію щодо неї. Крім того, досліджувати електронні докази судам необхідно в сукупності з іншими даними, та у випадку, коли хтось з учасників справи ставить під сумнів достовірність такого доказу, вживати всіх можливих заходів для перевірки даних та встановлення істини. Адже можливе спотворення або внесення змін до електронного файлу (інформації, сайту). Урешті-решт ЕЦП також може бути незаконно скопійовано та використано з метою рейдерського захоплення або засвідчення документів. З іншого боку, на сьогоднішній день, на жаль, навіть спеціалісти з ІТ-технологій не завжди можуть зі 100-відсотковою впевненістю відповісти на запитання про можливі втручання сторонніх або зацікавлених осіб в електронні файли, що ускладнює роботу суду та не дає впевненості судді в прийнятому рішенні по справі.

З огляду на це варто вдосконалити певні складники дослідження електронних доказів, щоб забезпечити виконання завдання цивільного судочинства – справедливий, неупереджений та своєчасний розгляд і розв'язання цивільних справ із метою ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави.

Висновки. Враховуючи розвиток науково-технічного прогресу, удосконалення засобів зв'язку та зберігання інформації, використання комп'ютерної техніки та інформації, впровадження електронних доказів в систему засобів доказування безумовно є прогресивним нововведенням. Однак окреслені проблеми правового регулювання та використання електронних доказів ускладнюють процес впровадження цього інструмента доказування в судочинство загалом. Тому процедура оформлення, подання і дослідження таких доказів нині залишається не досить врегульованою та потребує удосконалення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : Закон від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 12.03.2021).
2. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення: 12.03.2021).
3. Про електронні документи та електронний документообіг : Закон України від 22 травня 2003 р. № 851-IV. Дата оновлення: 07.11.2018. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/851-15#Text> (дата звернення: 12.03.2021).
4. Каламайко А.Ю. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання в цивільному процесі. *Право та інновації*. 2015. № 2 (10). С. 127–132.
5. Найченко А.М., Куртакова Г.О. Електронні докази: реалії сьогоденні. Київ : МАУП, 2018. С. 77–85. URL: <http://maup.com.ua/assets/files/expert/1/elek-tronni-dokazi.pdf> (дата звернення: 12.03.2021).
6. Петренко В.С. Проблеми використання електронних доказів у цивільному судочинстві. Новели цивільного процесуального законодавства: докази та доказування: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 14 вересня 2020 р. Одеса, 2020. 185 с.
7. Постанова Верховного Суду України від 27 листопада 2018 р., судова справа № 914/2505/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78450568> (дата звернення: 12.03.2021).
8. Постанова Верховного Суду України від 7 листопада 2019 р., справа № 908/1264/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85470804> (дата звернення: 12.03.2021).
9. Постанова Верховного Суду України від 16 березня 2020 р., справа № 910/1162/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88244984> (дата звернення: 12.03.2021).
10. Постанова Верховного Суду України від 17 березня 2020 р., справа № 923/566/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88244923> (дата звернення: 12.03.2021).
11. Постанова Верховного Суду України від 13 січня 2021 р., справа № 264/949/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94237401> (дата звернення: 12.03.2021).
12. Ухвала Великої Палати Верховного Суду України від 14 лютого 2019 р., справа № 9901/43/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883385> (дата звернення: 12.03.2021).
13. Степанова Т.В. Актуальні проблеми практики використання електронних доказів в процесі доказування. Новели цивільного процесуального законодавства: докази та доказування : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Одеса, 14 вересня 2020 р. Одеса, 2020. 185 с.
14. Вершинин А.П. Электронный документ: правовая форма и доказательство в суде. Москва : Городец, 2000. 250 с.
15. Горелов М.В. Электронные доказательства в гражданском судопроизводстве России: вопросы теории и практики. *Юриспруденция: теория і практика*. 2005. № 11. С. 58–60.
16. Советский гражданский процесс / ред. Н.А. Чечиной, Д.М. Чечота. Ленинград, 1984. 156 с.

ЕЛЕКТРОННЕ СУДОЧИНСТВО ЯК СУЧАСНИЙ ТРЕНД

ELECTRONIC JUDICIALITY AS A MODERN TREND

Кравцов С.О., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного процесу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Правник С.О., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Мошура Л.В., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена окремим питанням трансформації механізму реалізації судової влади в умовах цифрового суспільства в цивільному процесі. Зараз можемо спостерігати певні елементи діджиталізації суспільних процесів, що змінюють соціальний простір і, зокрема, механізми здійснення судочинства. У процесі розвитку суспільства з'явилися певні чинники, які привели до зростання ролі інформації, а отже, до чіткішого виділення інформаційної функції у сфері юриспруденції. Розвиток суспільства та науки вимагає впровадження нових технологій в систему судоустрою України. Все більше й більше послуг для громадян переходить в електронний формат. Реформування судової системи спрямоване на забезпечення більш комфортної та зручної взаємодії із судами. Необхідність застосування в судочинстві інформаційних технологій обумовлена глобальною інформатизацією сучасного суспільства, розвитком нових форм взаємодії цивільній сфері з використанням електронних засобів комунікацій: світової глобальної мережі Інтернет, мобільних і супутникових систем зв'язку тощо. «Електронне правосуддя» передбачає використання інформаційно-комунікативних технологій в процесі реалізації процесуального законодавства. Новели судочинства спрямовані на розширення доступності правосуддя в умовах територіальних особливостей Української держави, а нині й через масове поширення COVID-19, прискорення і оптимізації процесу, підвищення його якості та ефективності, досягнення прозорості та відкритості судової системи. Разом з тим використання інформаційних технологій при здійсненні правосуддя залишає невирішеними окремі питання стосовно електронних доказів, електронного суду. Перевагами діджиталізації правосуддя є зниження тимчасових і грошових витрат сторін по доставленню документів до суду, щоб уникнути пропуску строку позовної давності шляхом відправки повідомлення буквально в останню хвилину терміну, підвищення зручності і швидкості обробки позовних заяв, реєстрації їх в канцелярії суду, розв'язання численних питань судової статистики.

Ключові слова: електронні докази, цифровий підпис, електронне судочинство, цивільний процес, електронний суд, пандемія COVID-19.

The article is devoted to separate questions of transformation of the mechanism of realization of judicial power in the conditions of a digital society in civil process. Now we can observe certain elements of digitalization of social processes that change the social space and, in particular, the mechanisms of justice. In the process of development of society, certain factors have emerged that have led to an increase in the role of information, and hence to a clearer separation of the information function in the field of jurisprudence. The development of society and science requires the introduction of new technologies in the judicial system of Ukraine. More and more services for citizens are moving to electronic format. Judicial reform is aimed at ensuring more comfortable and convenient interaction with the courts. The need for the use of information technology in the judiciary is due to the global informatization of modern society, the development of new forms of interaction in the civil sphere with the use of electronic means of communication: the global Internet, mobile and satellite communication systems and more. "Electronic justice" involves the use of information and communication technologies in the implementation of procedural law. The novelties of the judiciary are aimed at expanding the availability of justice in the territorial features of the Ukrainian state, and now through the widespread use of COVID-19, accelerating and optimizing the process, improving its quality and efficiency, achieving transparency and openness of the judiciary. However, the use of information technology in the administration of justice leaves unresolved certain issues regarding electronic evidence, e-court. The advantages of digitalization of justice are reduction of time and money costs of the parties to deliver documents to the court to avoid missing the statute of limitations by sending a notice at the last minute, increasing the convenience and speed of processing claims, registering them in the court office, resolving numerous issues, judicial statistics.

Key words: electronic evidence, digital signature, electronic litigation, civil proceedings, electronic court, COVID-19 pandemic.

Постановка проблеми. Проблематика електронного правосуддя за останні роки активізувалась у зв'язку з проведенням судової реформи й інтенсивністю процесів впровадження електронного правосуддя в судову практику. Однак дане питання характеризується своєрідною проблемністю. Нині спостерігається необхідність в комплексному науковому дослідженні інформаційних процесів, які відбуваються у цивільному судочинстві, їх методологічних і правових основ.

Аналіз останніх досліджень. Питанням діджиталізації судочинства як окремого напрямку електронного урядування останнім часом приділяють увагу все більше вітчизняних дослідників. Серед них А. Ю. Каламайко, С. Ю. Обрусна, І. В. Іванова, В. С. Чубань, О. Угриновська, А. Л. Паскар, О. О. Присяжнюк, М. Б. Кравчик та інші. Вивчення використання новітніх досягнень електронних технологій в контексті електронного судочинства присвя-

чене в основному певним аспектам даного питання. Тобто наразі відсутній комплексний підхід до впровадження електронно-інформаційних технологій у діяльність суду, що зумовлює неповноту вирішення проблеми такого впровадження.

Формулювання цілей статті. Метою статті є отримання комплексних розуміння особливостей питання електронного правосуддя, впровадження якого оптимізує порядок здійснення судочинства в цивільному процесі. Також акцентуємо увагу на формулюванні понять електронних доказів та електронного суду в цивільному процесі, зокрема на їх характерних рисах. До того ж варто проаналізувати правові основи реалізації електронного правосуддя в судах при вирішенні цивільних справ.

Виклад основного матеріалу. З кожним роком все більше уваги акцентується на концепції «Держави в смартфоні». Вона включає в себе чимало різноманітних аспек-

тів, серед яких особливе значення має електронне судочинство. Сучасне життя важко уявити без прогресу, тобто прагнення до максимального удосконалення. Стрімкий розвиток інформаційних технологій, сучасні способи фіксації та передачі інформації зачіпають всі сфери людської діяльності, впливаючи також на доказову базу в цивільному процесі. З'являється чимало різновидів цифрових, а також електронних носіїв, які відрізняються від звичних для нас паперових. Правосуддя і судочинство як сили, що забезпечують захист прав і свобод людини і громадянина, зобов'язані йти в ногу з часом, а тому не є винятками. Необхідно відзначити, що в даний момент вже у великій кількості судів, як в Україні, так і за кордоном активно використовуються такі елементи електронного правосуддя, як СМС-інформування учасників процесу, відео-конференц-зв'язок, електронна подача документів, мобільний комплекс захисту свідків.

Особливе місце в процесуальному праві завжди відводилося інституту судових доказів у зв'язку з тим, що доказування є основним правовим інструментом в доведенні своєї позиції учасниками судового процесу. В умовах цифровізації суспільства і всіх процесів, що протікають в ньому, особливо актуальним стає застосування в цивільних справах електронних доказів. Даний вид доказів використовується не так давно, проте вже зараз має певні проблеми при їх застосуванні.

В українському законодавстві з 2017 року нововведення запроваджено насамперед аби поліпшити процес доказування у вітчизняних судах. Згідно із ч. 1 ст. 100 Цивільного процесуального кодексу України (далі – ЦПК України) електронним джерелом є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, які мають значення для справи [1]. Приміром, електронними доказами можуть бути веб-сайти, повідомлення у Facebook, голосові повідомлення в Telegram, фотографії в Instagram. На нашу думку, закріплення електронних доказів як допустимих засобів доказування є однозначно прогресивним кроком.

Перш за все, правова природа електронних доказів має характерні особливості, що насамперед відрізняє їх від письмового або будь-якого іншого доказу. Приміром, А. Каламайко виокремлює такі ознаки електронних доказів: «1) неможливість безпосереднього сприйняття інформації, що обумовлює необхідність використання технічних та програмних засобів для одержання відомостей; 2) наявність технічного носія інформації, який може бути використаний багаторазово; 3) специфічний процес створення та зберігання інформації, який надає можливість легко змінювати носій без втрати змісту і навпаки, надає можливість внесення змін до змісту без залишення слідів на носіїв; 4) відсутність поняття «оригіналу» електронних засобів доказування в силу повної ідентичності електронних копій; 5) наявність специфічних «реквізитів», так званих метаданих – інформації технічного характеру, яка закодована всередині файлів» [2; с. 50].

На практиці виникають проблеми, пов'язані із тим як суди сприймають та оцінюють електронні докази. Так, у постанові Верховного Суду у справі № 923/566/19 від 17 березня 2020 р., яка переглядалася Верховним Судом, господарські суди прийняли у якості належних та допустимих доказів скріншоти листування електронною поштою [3]. Звідси, вищенаведене прямо вказує на те, що суди починають все частіше мати справу з електронними доказами.

Попри те, що сприйняття судами доказів у електронній формі, ставлення судів до їх оцінки являється доволі вибагливим. Саме тому, варто вказати на певні труднощі, що виникають при подачі електронних доказів та оцінці їх судами. У ч. 2 ст. 100 ЦПК України зазначається те, що електронні докази подаються в оригіналі або в електронній копії, засвідченій електронним цифровим підписом (далі – ЕЦП). Засвідчення копії електронним цифровим

підписом є обов'язком, котрий покладається на учасників справи. Наголосимо на необхідності внесення змін до ст. 100 ЦПК, яка посилається на Закон України «Про електронний цифровий підпис» від 22 травня 2003 року № 852-IV, який втратив чинність у зв'язку із прийняттям Закону України «Про електронні довірчі послуги» від 5 жовтня 2017 року № 2155-VIII. В останньому законі не містить такого поняття як «електронний цифровий підпис», натомість надається визначення лише тлумачення поняття «електронний підпис». Останній являє собою електронні дані, які додаються підписувачем до інших електронних даних або логічно з ними пов'язуються і використовуються ним як підпис [4]. Також цікавим є висновок, наведений в постанові Великої Палати Верховного Суду від 14 лютого 2019 у справі № 9901/43/19, де зазначено, що електронний цифровий підпис є головним реквізитом при направленні до суду електронного доказу. Відсутність ЕЦП в електронному документі не дозволяє вважати його таким, що відповідає оригіналу, а звідси, допустимим доказом [5]. Однак на практиці відео- або звукозаписи не можуть бути виражені в паперовому вигляді, тому посвідчити їх електронним підписом неможливо. Таким чином, можна зробити висновок, що такого роду докази варто подавати тільки в оригіналі.

Відповідно до ч. 7 та 8 ст. 85 ЦПК України суд за заявою учасника справи чи з власної ініціативи може оглянути веб-сайт (сторінку), інші місця збереження даних в мережі Інтернет з метою встановлення та фіксування їх змісту. У разі необхідності для проведення такого огляду суд може залучити спеціаліста. Зазначимо, що використання такого огляду доказу за його місцезнаходженням можливо за умови якщо електронний доказ не був видалений з місця збереження даних, що трапляється доволі часто. Звідси породжуються сумніви щодо допустимості останнього, який, приміром, міг бути скопійований на диск або інший носій інформації, оскільки доказ може розцінюватися лише як електронна копія, а не оригінал. Приміром на практиці виникає ситуація, коли публікація у Facebook може бути видалена автором у будь-який момент, а повідомлення у Messenger, Telegram, Viber або WhatsApp можуть бути видалені одним із співрозмовників, що матиме наслідком видалення для усіх учасників чату. Зокрема, месенджер Telegram безповоротно видаляє як зміст повідомлень, так і слід його надсилання, WhatsApp видаляє лише зміст, але теж безповоротно. Схожа технологія застосовується у Viber, при цьому, технічна підтримка сервісу може надати інформацію лише про факт надсилання повідомлень чи здійснення дзвінків із зазначенням дати і часу, але не їхній зміст [6].

Так, у частині 4 ст. 100 ЦПК України йдеться про те, що учасник справи, який подає копію електронного доказу, повинен зазначити про наявність у нього або іншої особи оригіналу електронного доказу. Наприклад, у постанові Верховного Суду від 16 березня 2020 р. у справі № 910/1162/19 Верховний Суд погодився з оцінкою судів попередніх інстанцій про відсутність доказів того, що копії договору, видаткової накладної та електронних листів, скріншоти яких наявні в матеріалах справи, підписувалися КЕП уповноваженої на те особи. Такі обставини, на думку судів, унеможливають ідентифікацію відправника повідомлення, а зміст такого документа не є захищеним від внесення правок [7].

На сьогодні важливою залишається проблема, що стоїть високого ризику підроблення електронних доказів. Ми погоджуємось з думкою А. Каламайко про те, що необхідно враховувати недоліки електронної форми при оцінці достовірності інформації, проте недоречно розглядати інформацію в електронній формі як неприйнятну з мотивів її можливого підроблення. Підпис і печатка, якими посвідчуються «традиційні» документи, в умовах сьогодення також не можуть бути гарантією незмінності документів [8].

Прикладом до запровадження електронного судочинства став закордонний досвід. Так, наприклад, на даний час системи «Електронний суд» успішно працюють в Австралії, Швейцарії, США та багатьох інших державах світу. Саме завдяки ній можуть реалізовуватись моделі судового процесу, які забезпечують можливість проводити розгляд справ у суді без здійснення зайвих фізичних дій [10].

Саме до такої мети прагне дійти і судова влада України. Наразі, в час пандемії коронавірусу, дистанційного правосуддя є досить актуальним. Адже не дивлячись на карантинні обмеження, суди продовжують працювати, намагаючись розглянути як можна більшу кількість справ. Це відовідає Конституції України, в якій закріплено, що право особи на захист не підлягає обмеженню навіть в умовах надзвичайного чи воєнного стану [11; ст. 64]. Тому цифрові технології швидше почали проникати в усі сфери суспільного життя, ключаючи і правосуддя. Стало необхідним забезпечення можливості участі сторін у засіданні суду поза межами судової установи за допомогою технічних засобів. Набула поширення практика проведення судових засідань у режимі відеоконференції.

Пандемія коронавірусу прискорила процес судової діджиталізації. В умовах карантину відбувся значний поштовх у впровадженні програми «Електронний суд», яка є підсистемою Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Її запуск планувався ще за довго до пандемії, однак у процесі впровадження виникали різні перепони. І лише із впровадженням карантину ситуація вимагала швидких і ефективних дій Вищої ради правосуддя, яка частково запустила програму у сферу правосуддя.

Електронний суд – це особлива підсистема, яка дає змогу сторонам судового процесу в електронному вигляді подавати до суду документи, надсилати цим сторонам документи в електронному вигляді разом з документами в паперовому вигляді.

Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затвердженого рішенням РСУ від 26 листопада 2019 року №30, в редакції рішення РСУ від 02 березня 2018 року №17 із змінами (далі - Положення про АСДС), передбачає можливість до початку функціонування Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи використання судами в тестовому режимі окремих інструментів електронного правосуддя, серед яких і підсистема «Електронний суд».

Наказом ДСА України від 22.12.2018 №628 «Про проведення тестування підсистеми «Електронний суд» запроваджено тестовий режим експлуатації підсистеми «Електронний суд» у всіх місцевих та апеляційних судах України (пілотних судах).

Отже, починаючи з 22 грудня 2018 року існує можливість прийняття місцевими та апеляційними судами заяв та інших процесуальних документів, поданих особами через підсистему «Електронний суд».

Крім того, колегія суддів також звертає увагу, що можливість використання електронних документів та організаційно-правові засади електронного документообігу також передбачені Законом України «Про електронні документи та електронний документообіг».

Відповідно до ч. 2 ст. 9 Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», порядок електронного документообігу визначається державними органами, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями всіх форм власності згідно з законодавством.

Таким порядком електронного документообігу, визначеним для судів у розумінні статті 9 вищезгаданого Закону, є Положення про АСДС.

Відповідно дост. 8 цього Закону юридична сила електронного документа не може бути заперечена виключно через те, що він має електронну форму. Допустимість

електронного документа як доказу не може заперечуватися виключно на підставі того, що він має електронну форму.

Згідно з ч.ч. 3, 4ст. 18 Закону України «Про електронні довірчі послуги», електронний підпис чи печатка не можуть бути визнані недійсними та позбавлені можливості розглядатися як доказ у судових справах виключно на тій підставі, що вони мають електронний вигляд або не відповідають вимогам до кваліфікованого електронного підпису чи печатки.

Кваліфікований електронний підпис має таку саму юридичну силу, як і власноручний підпис, та має презумпцію його відповідності власноручному підпису.

Тобто згадані норми Закону також передбачають визнання юридичної сили електронних документів, підписаних електронним підписом.

Пунктом 2 розділу XI Положення про АСДС передбачено, що учасники судового процесу за допомогою зареєстрованого електронного кабінету можуть надсилати копії електронних документів іншим учасникам судової справи, крім випадків, коли інший учасник не має зареєстрованого електронного кабінету, подавати позовні заяви та інші передбачені законом процесуальні документи, що подаються до суду і можуть бути предметом судового розгляду, а також отримувати судові рішення та інші електронні документи.

Згідно пунктів 3-5 Положення про АСДС особи, за допомогою зареєстрованого електронного кабінету формують проекти (створюють шляхом заповнення відповідних форм, редагують, долучають), підписують та подають до суду і ОСП електронні запити, скарги, пропозиції та інші не процесуальні звернення, що стосуються діяльності таких органів, а також отримують відповідь на них.

Для формування проектів електронних документів особи використовують загальні форми, створені адміністратором або створюють власні форми засобами електронного кабінету з можливістю їх збереження в підсистемі електронного суду та повторного використання. Адміністратор може встановлювати додаткові технічні обмеження щодо форм та змісту електронних документів (щодо розміру, формату тощо).

Для проекту будь-якого електронного документу, створеного в підсистемі електронного суду на всіх стадіях його формування забезпечується конфіденційність його змісту за допомогою шифрування із використанням ЕЦП автора проекту. Осіб, допущених до інформації, що захищається, визначає автор документу. З моменту введення документу у стан "Оригінал" такий документ втрачає статус конфіденційного і перелік осіб, допущених до його змісту визначає адміністратор відповідно до вимог законодавства.

Отже, надсилання процесуальних документів в електронному вигляді передбачає використання сервісу «Електронний суд», відповідно з попередньою реєстрацією офіційної електронної адреси (Електронного кабінету) та з обов'язковим використанням власного електронного підпису.

Тобто за допомогою даної програми сторони судового процесу мають змогу сплатити судовий збір онлайн-режимі, відстежити стан і рух розгляду документа судом, скласти та надати електронне доручення, отримувати інформацію, яка пов'язана із станом розгляду справи тощо [12].

Тобто обмін електронною документацією між учасником процесу та судом є одним із найважливіших механізмів діджиталізації правосуддя. Як влучно зазначає О.Уриновська, «дана процедура обміну документацією між учасниками процесу та судом може бути використана за умов, коли:

- учасник цивільного процесу пройшов реєстрацію в системі обміну електронною документацією.

- подав до суду заявку про отримання в електронній формі електронних документів по визначеній справі.» [13; ст. 146-147].

Однак найголовнішим прогресом в розвитку судочинства є можливість сторін брати участь у судовому процесі дистанційно. Відповідно до звіту державного підприємства «Інформаційні судові системи», на вимогу судів з початку 2021 року було проведено близько 54 сеансів відеоконференцз'язку. Завдяки спеціальним системам, таким як Zoom, EasyCon тощо, стало можливим здійснення спілкування великими та малими групами на відстані. Учасники судового процесу діляться інформацією, базами даних, документацією, колегіально ухвалюють рішення. [14]

Однак на даному етапі законотворчої діяльності проводиться активна робота стосовно прийняття законопроекту, який би регламентував організацію електронного правосуддя. Головними пропозиціями даного нормативного акту є:

- подача документів лише в електронній формі;
- доступ до суду з офісу адвоката в режимі відеоконференції;
- скасування умови про обов'язкове очне засідання;
- автоматичний розподіл справ між усіма суддями по всій Україні відповідно до їх спеціалізації;
- використання будь-яких месенджерів для комунікації із судом;
- обов'язкова робота з використанням електронного кабінету [15].

Вищезазначені пропозиції мають значно полегшити та зробити зручнішою систему правосуддя в Україні. Так, наприклад, скасування територіальної підсудності дозволить зменшити випадки корупції. Адже наразі юристам ніщо не заважає вступати в таємні неправомірні домовленості із суддями, так як здебільшого в одному регіоні такі зв'язки уже є сталими. Також це дозволить значною мірою зекономити кошти, сприятиме відкритості судового процесу, зменшенню чисельності відкладених справ через неявку учасників, зекономить їх час тощо.

Ще одним досить суперечливим питанням застосування інформаційних технологій під час розгляду справ у суді є використання сервісу «Електронний суд» в суді касаційної інстанції.

Так, у відповідності до Ухвали Касаційного цивільного суду від 17.09.2019 року у справі №344/16649/16ц зазначається, що заяви подані в електронній формі через електронну пошту від імені позивача не відповідає вимогам ЦПК України щодо письмової паперової форми заяви. Клопотання, подані особою в електронній формі, без електронного цифрового підпису, не підписані особою, яка їх подає. Суд касаційної інстанції зауважує, що необхідно враховувати, що підсистема «Електронний суд» запроваджена наказом Державної судової адміністрації України від 22 грудня 2018 року №628 «Про проведення тестування підсистеми «Електронний суд» у місцевих та апеляційних судах» в тестовому режимі у всіх місцевих та апеляційних судах України (пілотних судах).

Відповідно до статті 388 ЦПК України Верховний Суд є судом касаційної інстанції, а отже, не відноситься до тих судів, у яких запроваджено систему «Електронний суд», що свідчить про неможливість подання до суду касаційної інстанції процесуальних документів через цю систему, оскільки у Верховному Суді не запроваджена система «Електронний суд».

Аналізуючи судову практику, можна прийти до логічних висновків що в деяких випадках суди допускають порушення чинного законодавства та і їх рішення не відповідають діючій практиці ЄСПЛ. Слід зазначити, що за змістом ч. 4 ст. 10 ЦПК України суд застосовує при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року і протоколи до неї, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України (далі Конвенція), та практику Європейського суду з прав людини (далі ЄСПЛ) як джерело права.

Згідно п. 1 ст. 6 Конвенції державою гарантовано, 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.

ЄСПЛ при розгляді справ виходить із того, що, реалізуючи положення Конвенції необхідно уникати занадто формального ставлення до передбачених законом вимог, так як доступ до правосуддя повинен бути не лише фактичним, але і реальним. Надмірний формалізм при вирішенні питання щодо прийняття позовної заяви або скарги – є порушенням права на справедливий судовий захист.

Зокрема, у рішенні від 04 грудня 1995 року у справі «Беллет проти Франції» ЄСПЛ зазначив, що ст. 6 Конвенції містить гарантії справедливого судочинства, одним з аспектів яких є доступ до суду. Рівень доступу, наданих національним законодавством, має бути достатнім для забезпечення права особи на суд з огляду на принцип верховенства права в демократичному суспільстві. Для того, щоб доступ був ефективним, особа повинна мати чітку практичну можливість оскаржити дії, які становлять втручання у її права.

Аналіз вищезазначеного питання стосовно впровадження підсистеми «Електронний суд» у діяльність судочинства дозволяє зробити висновок про недосконале програмне забезпечення, матеріальні та технічні можливості судів, потребу у підвищенні кваліфікації суддів стосовно питання діджиталізації, необізнаність учасників процесу стосовно можливостей та переваг електронного судочинства та багато інших нюансів, які необхідно вдосконалити задля здійснення ефективного судочинства в Україні, яке розвивалося б разом з розвитком суспільства.

Ще одним нововведенням, який планує впровадити українська влада, є так званий «Суд у смартфоні», метою якого є запобігання зловживань та забезпечення прозорості судової діяльності. За словами Володимира Зеленського «більша частина бюрократичних процедур перейде в онлайн-режим, що прискорить розгляд справ, мінімізує корупцію та можливість зловживання владою» [17].

Станом на сьогодні можна виділити такі характерні для судового процесу проблеми, без вирішення яких електронне правосуддя не зможе розвиватися. По-перше, проблемою виступає проблема інформаційної нерівності, яка полягає в обмеженні можливостей використання електронного правосуддя для тих категорій населення, які обмеженні в доступі до засобів комунікації. Ми вважаємо, що рішенням цієї проблеми може бути установка спеціалізованих автоматизованих пристроїв, що дозволили б повною мірою реалізувати всі можливості електронного правосуддя.

По-друге, орієнтованість на цифрову сферу все частіше викликає потребу у відмові від традиційного для нашого законодавства «паперового документа». На даний час це він є застарілою формою закріплення інформації з огляду на наявність електронного виду документа. По-третє, технічна складова – найважливіша умова коректного і ефективного функціонування електронного правосуддя. Ніхто не застрахований від можливих збоїв обладнання й хакерських атак. По-четверте, існуючою проблемою є технічна неписьменність певного відсотка населення. Для вирішення даної проблеми необхідно проведення державних, регіональних програм інформатизації, впровадження та розвиток певних освітніх стандартів в цій галузі.

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про присутність безлічі різноманітних проблем, пов'язаних з використанням можливостей електронного правосуддя. Однак їх наявність обумовлюється зародженням даного інституту, вдосконалення якого законодавець тільки починає.

Висновки. Таким чином, в статті розглянуті нові електронні механізми реалізації демократичних засад української системи правосуддя відповідно до потреб сучасного суспільства. Проаналізувавши основні напрямки розвитку «Електронного правосуддя», можна зробити однозначний висновок про те, що вказана тематика займає одне з провідних місць в системі заходів по реалізації державною інформаційної функції. Подальший розвиток системи правосуддя здійснюється через призму нових інформаційних технологій, що забезпечують відкритість, прозорість і доступність для громадян нашої країни. Проблемами при цьому є недостатньо сформована нормативно-правова база для розгляду таких доказів і визначення їх достовірності.

Останнім часом все більшого поширення в цивільному процесі як доказ отримали електронні документи. Даний вид доказів використовується не так давно, проте вже зараз має певні проблеми при їх застосуванні. У статті розглядається поняття електронного документа як доказу, аналізується його юридична природа, розкривається форма подання електронної інформації в суд. А також виділяються проблеми відсутності в законодавстві України

конкретних критеріїв достовірності даних, що містяться в електронному документі, їх допустимості, його використання в взаємозв'язку з ЕЦП. Пропонуються шляхи вирішення проблем правового регулювання в даній сфері.

На жаль, чинне право не забезпечує ефективного регулювання суспільних відносин, що виникають у процесі створення і використання інформаційно-комунікаційних технологій в державному управлінні. Існуючі нормативні правові акти не узгоджені між собою і регламентують лише окремі аспекти інформаційного обміну між органами державної влади, суб'єктами господарювання та громадянами.

На підставі вищевикладеного можна зробити висновок про присутність безлічі різноманітних проблем, пов'язаних з використанням можливостей електронного правосуддя. Однак їх наявність обумовлюється зародженням даного інституту, вдосконалення якого законодавець тільки починає. Таким чином, розвиток електронних технологій є одним з пріоритетних напрямків української правової політики. Удосконалення цифрових технологій потребує і в поліпшенні електронного документообігу в судовій системі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text> (дата звернення 23.03.2021).
2. Каламайко А. Ю. Електронні засоби доказування в цивільному процесі: дис.. канд. юрид. наук. Харків, 2016. 242 с.
3. Постанова Верховного Суду від 17 березня 2020 р., судова справа № 923/566/19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88244923> (дата звернення 23.03.2021).
4. Закон України «Про електронні довірчі послуги» від 5 жовтня 2017 року № 2155-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2155-19#Text> (дата звернення 23.03.2021).
5. Ухвала Верховного Суду від 14 лютого 2019 р., судова справа № 9901/43/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79883385>.
6. Електронні докази - норма для українського судочинства, але є нюанси. URL: <https://vkr.ua/publication/elektronni-dokazi---norma-dlya-ukrayinskogo-sudochinstva-ale-ie-nyuansi> (дата звернення 23.03.2021).
7. Постанова Верховного Суду від 16 березня 2020 р., судова справа № 910/1162/19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/88244984> (дата звернення 23.03.2021).
8. Каламайко А. Ю. Місце електронних засобів доказування та окремі питання їх використання в цивільному процесі. Право та інновації. 2015. № 2(10). С. 127-132.
9. «Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации» от 24.07.2002 N 95-ФЗ (ред. от 08.12.2020)
10. Електронний суд – сучасний стан та шляхи вдосконалення. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/12752/1/Brincev_296-326.pdf (дата звернення 24.03.2021).
11. Конституція України: Закон України від 28.06.1996 р. №254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141
12. Проблеми адміністративно-правового забезпечення електронного суду в Україні в умовах пандемії COVID-19 / С. Ю. Обрусна, І. В. Іванова, В. С. Чубань. – 2020. – №4. – С. 196–199.
13. Угриновська О. Електронний документообіг у цивільному процесі України / О. Угриновська // *Вісник Львівського університету*. – 2017. – Вип. 64. – С. 144–150.
14. Відеоконференцв'язок як один з елементів «електронного правосуддя». URL: <https://ics.gov.ua/ics/news/novyny/931606/>.
15. Суддя Верховного Суду заявив про підготовку законопроекту про дистанційне правосуддя. URL: <https://sud.ua/ru/news/publication/164561-suddya-verkhovnogo-sudu-zayaviv-pro-pidgotovku-zakonoprojektu-pro-distantsiyne-pravosuddya>.
16. Постанова від 06.08.2020 № 160/1841/19 Верховний Суд. Касаційний адміністративний суд. URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/90846939>.
17. Зеленський анонсував «суд у смартфоні» URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-polytics/3199503-zelenskij-anonsuvav-sud-u-smartfoni.html>.

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ РОЗМІРУ ЗАБЕЗПЕЧЕНИХ ВИМОГ ДО МАЙНОВОГО ПОРУЧИТЕЛЯ

PROBLEMATIC ISSUES OF THE AMOUNT OF SECURED CLAIMS TO THE PROPERTY GUARANTOR

Красуцький В.В., аспірант кафедри підприємницького
та корпоративного права

Юридичний інститут

Київського національного економічного університету імені Вадима Гетьмана

Розвиток міжнародної співпраці та євроінтеграційні процеси, необхідність зменшення трансакційних витрат вимагають реформування законодавства України у сфері приватноправових відносин за участі майнового поручителя та обсягу зобов'язань майнового поручителя, чіткого механізму правового регулювання в цій сфері, що вилучатиме можливість використання норм, які не підлягають застосуванню в інституті застави, та забезпечить баланс інтересів кредитора, боржника та майнового поручителя.

Зазначено, що майновий поручитель може бути суб'єктом заставних правовідносин, і водночас правове регулювання обсягу його зобов'язань є не досить дослідженим доктриною цивільного права, особливо враховуючи ухвалення Кодексу України з процедур банкрутства, що зумовило настання змін у фактичних правовідносинах, які виникають між суб'єктами заставних відносин, відносин покриття, що виникають між майновим поручителем та основним боржником тощо.

Враховано, що майновий поручитель несе відповідальність перед заставодержателем (іпотекодержателем) за невиконання боржником основного зобов'язання суто в межах вартості відповідного предмета застави.

З огляду на це визначальним є встановлення належного обсягу зобов'язань майнового поручителя, зокрема розміру забезпечених вимог кредитора, з метою недопущення порушення прав та інтересів інших суб'єктів, зокрема, але не тільки інших кредиторів майнового поручителя в разі відкриття провадження у справі про банкрутство останнього у зв'язку з виявленням ознак неплатоспроможності.

Проблематика цього питання полягає в тому, що реальна вартість заставного майна формується в момент його реалізації, а після перерахування коштів за результатами проведення торгів вимоги забезпеченого кредитора вважаються погашеними, незалежно від отриманої суми, а договірну вартість предмета застави не можна вважати належним обсягом зобов'язань майнового поручителя.

З метою забезпечення балансу інтересів учасників заставних правовідносин і розвитку кредитування, недопущення проблем у правозастосуванні запропоновано доповнити абз. 3 ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства нормою, що зазначені в цьому абзаці положення не застосовуються, якщо заставодавцем (іпотекодавцем) є майновий поручитель.

Ключові слова: майновий поручитель, застава, забезпечені вимоги.

The development of international cooperation and European integration processes, the need to reduce transaction costs require reform of Ukrainian legislation in the field of private law with the participation of the guarantor and the scope of obligations of the guarantor, a clear mechanism of legal regulation in this area, application in the institution of collateral, and ensure the balance of interests of the creditor, debtor and property guarantor.

It is noted that a property guarantor may be the subject of a mortgage relationship, and the legal regulation of its obligations is insufficiently studied by the doctrine of civil law, especially given the adoption of the Bankruptcy Code of Ukraine, which led to changes in actual legal relations between subjects of mortgage relations, coverage relations arising between the property guarantor and the main debtor, etc.

It is taken into account that the property guarantor is liable to the mortgagee (mortgagee) for non-performance by the debtor of the main obligation exclusively within the value of the mortgage.

In this regard, it is crucial to establish the appropriate amount of obligations of the property guarantor, including the amount of secured claims of the creditor, in order to prevent violations of the rights and interests of other entities, including, but not limited to, other creditors of the property guarantor bankruptcy proceedings of the latter in connection with the detection of signs of insolvency.

The problem of this issue is that the real value of the mortgaged property is formed at the time of its implementation, and after the transfer of funds based on the bidding claims of the secured creditor are repaid, regardless of the amount received, and the contractual value of the collateral can not be considered due. property guarantor.

In order to ensure the balance of interests of the participants of the mortgage relationship and the development of lending, to prevent problems in law enforcement, it is proposed to supplement paragraph 3 of Part 2 of Art. 45 of the Bankruptcy Code of Ukraine by the rule that the provisions specified in this paragraph do not apply if the mortgagor (mortgagor) is a property guarantor.

Key words: property guarantor, pledge, secured claims.

Забезпечення зобов'язань у доктрині цивільного права визначається як сукупність взаємопов'язаних норм, які регулюють відносини, пов'язані з наданням кредитору прав на майнові блага боржника або прав вимоги до третіх осіб у силу застосування певного виду забезпечення зобов'язань.

Варто розпочати з того, що обсяг зобов'язань майнового поручителя зумовлений акцесорним характером вказаного правовідношення щодо основного зобов'язання боржника перед кредитором і чітким віднесенням цих відносин до інституту застави як способу забезпечення виконання зобов'язань.

Станом на сьогодні застава розглядається як конструкція та засіб реального виконання зобов'язань, що забезпечує захист прав та інтересів кредиторів.

Водночас правовий статус майнового поручителя в разі настання неплатоспроможності через виконання

взятих на себе зобов'язань замість основного боржника є не досить дослідженим, особливо після набранням чинності Кодексом України з процедур банкрутства, і водночас актуальність досліджуваних питань посилюється через необхідність створення механізмів відновлення платоспроможності як боржників, так і майнових поручителів, які забезпечують виконання відповідних грошових зобов'язань, що буде стимулювати розвиток заставних правовідносин.

У цій праці увагу приділяються юридичному значенню договірної вартості переданого майновим поручителем у заставу майна у випадку виконання зобов'язання замість основного боржника.

Частиною 1 ст. 583 Цивільного кодексу України, ч. 2 ст. 11 Закону України «Про заставу» та ст. 1 Закону України «Про іпотеку» передбачено, що заставодавцем може бути майновий поручитель.

Частково нормативно зміст вказаного поняття розкриває ст. 1 Закону України «Про іпотеку», згідно з яким під майновим поручителем розуміють особу, яка передає в іпотеку нерухоме майно для забезпечення виконання зобов'язання іншої особи – боржника [3].

При цьому слід враховувати, що відповідно до ст. 11 Закону України «Про іпотеку» майновий поручитель несе відповідальність перед іпотекодержателем за невиконання боржником основного зобов'язання виключно в межах вартості предмета іпотеки [3].

Відповідно до ст. 572 Цивільного кодексу України кредитор (заставодержатель) має право у разі невиконання боржником (заставадавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставного майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом.

У разі реалізації предмета застави (іпотеки) у зв'язку зі зверненням на нього стягнення заставаодавцедержателем (іпотекодержателем) відповідне забезпечувальне зобов'язання припиняється (абзац 5 ст. 28 Закону України «Про заставу», абзац 3 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про іпотеку»).

Отже, враховуючи вказані положення чинного законодавства України заставаодавцедержатель має право задовольнити всі свої забезпечені заставою вимоги до боржника за рахунок майнового поручителя у розмірі вартості фактичної реалізації предмета майнової поруки, що здійснюється у встановленому законом порядку, крім випадків, якщо інше не передбачено договором або спеціальним законом.

Під час визначення належного розміру вимог забезпеченого кредитора з урахуванням статусу майнового поручителя необхідно зазначити, що за змістом ст. 1 Кодексу України з процедур банкрутства, під забезпеченими слід розуміти кредиторів, вимоги яких забезпечені заставою майна боржника.

Натомість абзацями 2, 3 ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства визначено, що забезпечені кредитори зобов'язані подати заяву з грошовими вимогами до боржника під час провадження у справі про банкрутство в частині вимог, що є незабезпеченими, або за умови відмови від забезпечення. Забезпечені кредитори можуть повністю або частково відмовитися від забезпечення. Якщо вартості застави недостатньо для покриття всієї вимоги, кредитор повинен розглядатися як забезпечений лише в частині вартості предмета застави. Залишок вимог вважається незабезпеченим [4].

Враховуючи наведені норми законодавства, можна прийти до висновку, що вартість предмета застави, в тому числі і розмір вимог заставного кредитора, вимоги якого забезпечені заставою майна боржника, визначаються у розмірі вартості предмета застави, який визначений між кредитором та боржником у договорі застави.

Так, Господарський суд Дніпропетровської області та Центральний апеляційний господарський суд у справі № 904/1360/19 дійшли висновку, що оскільки вартість предмета застави, яка визначена у договорі застави, є нижчою за розмір вимог за кредитним договором, то відповідно до приписів ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства кредитор повинен розглядатися як забезпечений кредитор лише в частині вартості предмета застави, а залишок вимог вважається незабезпеченим.

Водночас на практиці мають місце випадки формування різних підходів до визнання розміру вимог забезпечених кредиторів внаслідок відсутності чіткого врегулювання порядку визнання розміру вимог забезпечених кредиторів.

Відповідно до першого підходу вимоги кредитора, якщо інше не обумовлено договором, визнаються забезпеченими лише в розмірі вартості предмета застави, визначеної між кредитором та боржником, в тому числі майновим поручителем, у договорі застави, що може мати наслідком виникнення випадків повторного звернення кредитора до

суду із заявою про визнання його вимог забезпеченими у разі реалізації предмету застави за ціною, вищою від встановленої у відповідному договорі застави.

Другий підхід передбачає, що вимоги кредитора, якщо інше не обумовлено договором, визнаються забезпеченими лише в розмірі вартості предмета застави, погодженої між кредитором та майновим поручителем, який не є боржником в основному зобов'язанні, у договорі застави, а в іншій частині вимоги є незабезпеченими та погашаються у черговості, визначеній Кодексом України з процедур банкрутства. За таким підходом кредитор буде і конкурсним, і забезпеченим кредитором, і, як наслідок, матиме не тільки право з правом вирішального голосу брати участь у зборах кредиторів та засіданнях комітету кредиторів, але й на отримання задоволення решти незабезпечених вимог за рахунок іншого майна боржника, яке не є предметом забезпечення, що зумовлює порушення прав інших кредиторів майнового поручителя.

І наявний третій підхід, згідно з яким вимоги кредитора до боржника, в тому числі майнового поручителя, якщо інше не передбачено договором, визнаються у повному обсязі забезпеченими.

При цьому необхідно зазначити, що правове значення має розмір підтверджених документально зобов'язань боржника за основним зобов'язанням та вартість фактичної реалізації предмета забезпечення, яку на стадії попереднього засідання у справі про банкрутство у процедурі розпорядження майном майнового поручителя встановити неможливо.

Також необхідно звернути увагу, що у п. 26 постанови від 17.06.2020 у справі № 905/2028/18 Верховний Суд на підставі аналізу ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства дійшов висновку про те, що вартість предмета застави, в тому числі і розмір вимог заставного кредитора, вимоги якого забезпечені заставою майна боржника, визначаються у розмірі вартості предмета застави, який визначений між кредитором та боржником у договорі застави, а тому суд касаційної інстанції визнав правильним висновок апеляційного господарського суду про те, що вимоги кредитора є забезпеченими лише в частині вартості предмета застави, а залишок вимог вважається незабезпеченим.

У цій же постанові суд касаційної інстанції вказав, що такий висновок не суперечить правовій позиції Великої Палати Верховного Суду, що викладений 15.05.2018 в постанові у справі № 902/492/17, оскільки з набранням чинності Кодексу України з процедур банкрутства порядок визначення забезпечених вимог було конкретизовано законодавцем в ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства та визначено, що кредитор є забезпеченим лише в частині вартості предмета застави.

При цьому реальна вартість заставного майна формується в момент його реалізації, а після перерахування коштів за результатами проведення торгів вимоги забезпеченого кредитора вважаються погашеними, незалежно від отриманої суми. Разом з тим договірна вартість заставного майна не може обмежувати розмір зобов'язання, в обсязі визначеному основним зобов'язанням, оскільки вартість застави, визначена у відповідних договорах застави не є грошовим показником і не можна вказану договірну вартість вважати належним обсягом зобов'язань майнового поручителя.

Проблемні питання правозастосування ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства у правовідносинах за участі майнового поручителя стали предметом розгляду касаційного провадження за касаційною скаргою на постанову Центрального апеляційного господарського суду від 18.05.2020 та ухвалу Господарського суду Дніпропетровської області від 28.11.2019 у справі № 904/1360/19.

Верховний Суд під час розгляду касаційної скарги взяв до уваги, що визначення забезпеченого зобов'язання

та вимог забезпеченого кредитора має здійснюватися з урахуванням положень законодавства, яке регулює забезпечення зобов'язань.

Так, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 15.05.2018 у справі № 902/492/17 [5] зроблено висновок, що за положеннями законодавства заставодержатель має право задовольнити всі свої забезпечені заставою чи іпотекою вимоги до боржника за рахунок майнового поручителя у розмірі вартості фактичної реалізації предмета майнової поруки, що здійснюється у передбаченому законодавством порядку, якщо інше не передбачено договором або законом. Отже, виражений у грошовій формі розмір зобов'язання майнового поручителя визначається виходячи із дійсних на відповідний момент зобов'язань боржника, які існують за основним зобов'язанням, з урахуванням обсягу забезпечення за умовами забезпечувального договору. Оцінка предмета забезпечення (майна) сторонами на момент укладення договору не впливає на обсяг забезпечених вимог у разі звернення стягнення на предмет забезпечення.

За змістом положень ст. 589 Цивільного кодексу України, статей 7, 11 Закону України «Про іпотеку», ст. 19 Закону України «Про заставу» заставодержатель, а у іпотечних правовідносинах – іпотекодержатель має право задовольнити всі свої забезпечені заставою чи іпотекою вимоги до майнового поручителя, який не є боржником в основному зобов'язанні, визначені на момент фактичного задоволення, за рахунок майнового поручителя у розмірі фактичної реалізації предмета застави, що здійснюється в порядку, передбаченому законодавством.

Частиною 1 ст. 12 Закону України «Про заставу» врегульовано зміст договору застави, і однією з істотних умов такого договору визначено опис предмета застави.

Також відповідно до п. 3 ч. 1 ст. 18 Закону України «Про іпотеку» аналогічно до істотних умов договору іпотеки віднесено опис предмета іпотеки, достатній для його ідентифікації, та/або його реєстраційні дані.

Водночас чинним законодавством України не передбачено, що відсутність у договорі застави вартості його предмета не робить такий договір недійсним, а тому не можна вважати, що це є істотною умовою такого договору.

Відсутність у законі імперативної вимоги щодо оцінки предмета застави як істотної умови договору пов'язана з тим, що майно, за загальним правилом, має свою реальну вартість та певну цінність, що може не відповідати дійсній вартості цього предмета як на час визначення розміру вимог, так і на момент реалізації майна задля задоволення вимог забезпеченого кредитора.

Договірна вартість предмета застави має лише приблизне значення щодо реальної вартості майна, і відповідна оцінка із часом може змінитися під впливом макроекономічних, соціально-економічних та інших явищ, а також безпосереднє залежить від попиту на такий предмет серед потенційних покупців, що виявляють відповідну зацікавленість.

Враховуючи наведене, погоджена сторонами вартість предмета застави у договорі застави не може обмежувати розмір зобов'язань майнового поручителя, забезпечених заставою, оскільки з огляду на викладене вище сума задоволення вимог заставодержателя пов'язується саме з вартістю фактичної реалізації предмета застави.

Треба враховувати, що в межах справи про банкрутство майнового поручителя кінцева вартість заставного майна для цілей проведення розрахунків із забезпеченим кредитором формується в момент його реалізації за наслідком якої з дотриманням вимог Кодексу України з процедур банкрутства застava припиняється, а вимоги забезпеченого кредитора вважаються погашеними.

Варто погодитися з правовою позицією Верховного Суду в постанові від 04.02.2021 у справі № 904/1360/19 [7], згідно з якою помилковим є підхід щодо визначення забез-

печеними вимог кредитора, виключно в розмірі вартості предмета застави, визначеної між кредитором та боржником (майновим поручителем, який не є боржником в основному зобов'язанні) у договорі застави, оскільки він має наслідком порушення прав та інтересів такого кредитора у разі продажу заставного (іпотечного) майна за ціною, вищою за ту, що погоджена сторонами в договорі застави (іпотеки), та не відповідає суті заставного зобов'язання, яке передбачає використання коштів від реалізації майна заставного майна на задоволення вимог забезпеченого кредитора, а також є помилковий другий підхід, оскільки внаслідок його застосування буде мати місце порушення прав та інтересів інших кредиторів, оскільки кредитор у цьому разі отримує можливість задовольнити заявлені ним грошові вимоги не лише за рахунок заставного майна боржника (майнового поручителя, який не є боржником основному зобов'язанні), а й за рахунок іншого майна.

Отже, оцінка предмета заставу сторонами на момент укладення договору не впливає на обсяг забезпечених вимог у разі звернення стягнення на предмет забезпечення.

Як наслідок, Верховний Суд [7] дійшов висновку, що вимоги забезпеченого кредитора, якщо інше не обумовлено договором застави (іпотеки) та немає заяви такого кредитора про повну чи часткову відмову від забезпечення, до майнового поручителя, який не є боржником в основному зобов'язанні, є забезпеченими в цілому незалежно від облікової оцінки заставного майна, визначеної сторонами в договорі застави.

Ми підтримуємо такий підхід, оскільки він приводить до мінімізації випадків, які будуть становити предмет майбутніх спорів між суб'єктами заставних правовідносин, та це дозволить змоделювати їх поведінку та самим обирати належний спосіб правового захисту суб'єктивних прав.

Так, на розсуд забезпеченого кредитора обирати свої наступні дії, а саме приймати з правом вирішального голосу участь у зборах кредиторів та засіданнях комітету кредиторів майнового поручителя, впливати через подання відповідних процесуальних заяв на хід процедури і брати на себе відповідні ризики при недостатності майна, чи подавати заяву про визнання їх вимог повністю забезпеченими, обмежуючись заходами впливу на хід процедури банкрутства виключно щодо заставного майна, а саме погодження умов його зберігання та реалізації, і брати участь у зборах кредиторів тільки з правом дорадчого голосу.

Разом з тим слід враховувати специфіку зобов'язань майнового поручителя, а саме те, що правовідношення за участі майнового поручителя та кредитора мають акцесорний характер щодо основного зобов'язання між відповідним кредитором та боржником.

Водночас майновий поручитель фактично позбавлений можливості вплинути на вказані правовідносини, що має ознаки визначення його як слабкої сторони, і вступаючи у заставні правовідносини з кредитором майновий поручитель брав на себе тільки ризики втрати майна, яке було передано у заставу, а не іншого майна, що належить йому на праві власності, звернення стягнення на яке може призвести повної неплатоспроможності.

З огляду на це вбачається, що майновий поручитель потребує особливого правового захисту у відповідних правовідносинах задля реалізації принципу рівності учасників цивільно-правових відносин.

Також сторонам треба враховувати про ризики визнання недійсними правочинів боржника на підставі норм Кодексу України з процедур банкрутства. Так, відповідно до ч. 1 ст. 42 Кодексу України з процедур банкрутства правочини, вчинені боржником після відкриття провадження у справі про банкрутство або протягом трьох років, що передували відкриттю провадження у справі про банкрутство, можуть бути визнані недійсними господарським судом у межах провадження у справі про банкрутство за заявою арбітражного керуючого або кредитора, якщо вони

завдали збитків боржнику або кредиторам, якщо боржник узяв на себе заставні зобов'язання для забезпечення виконання грошових вимог.

Разом з тим вважаємо, що абзацом 3 ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства недостатньо чітко нормативно визначено обсяг зобов'язань майнового поручителя, що призводить до неможливості забезпечення передбачуваності майбутніх судових рішень, ухвалених за результатом розгляду вимог забезпечених кредиторів, і може

мати місце порушення прав та інтересів самого майнового поручителя та інших його кредиторів.

Враховуючи наведене, з метою забезпечення балансу інтересів учасників заставних правовідносин та розвитку кредитування, недопущення проблем у правозастосуванні пропонується доповнити абзац 3 ч. 2 ст. 45 Кодексу України з процедур банкрутства нормою, що зазначені в цьому абзаці положення не застосовуються, якщо заставадцем є майновий поручитель.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. №№ 40-44. 356 с. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15>.
2. Закон України «Про заставу» від 02.10.1992 № 2654-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1992. № 47. 642 с. URL: <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2654-12>.
3. Закон України «Про іпотеку» від 05.06.2003 № 898-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 38. 313 с. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/898-15>.
4. Кодекс України з процедур банкрутства від 18.10.2018 №2597-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2019. № 19. 74 с. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19>.
5. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 15.05.2018 у справі №902/492/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/74218793>.
6. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного господарського суду від 17.06.2020 у справі №905/2028/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89910856>.
7. Постанова Верховного Суду у складі судової палати для розгляду справ про банкрутство Касаційного господарського суду від 04.02.2021 у справі №904/1360/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94999344>.

ПРАВОВИЙ ДУАЛІЗМ СТРИТ-АРТУ: МИСТЕЦТВО VS. ВАНДАЛІЗМ**LEGAL DUALISM OF STREET ART: ARTWORK VS. VANDALISM**

Куряфєєва І.В., асистент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Бершадська Д.Р., студентка II курсу
факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті висвітлено та проаналізовано окремі аспекти правового дуалізму стріт-арту. Наведено та порівняно позиції українських і зарубіжних правників щодо кількості та змістовних ознак підстав, достатніх і необхідних для визнання вуличних малюнків легальними, тобто достатньо оригінальними для поширення на них авторського права. З'ясовано, що за наявності дозволу власника матеріального об'єкта, на поверхню якого нанесено малюнок, стріт-арт вважається легальним (правомірним), тож художник не понесе юридичної відповідальності за нанесення свого витвору мистецтва на приватну чи публічну власність. Проведено паралель, що ситуація ускладнюється, якщо така згода відсутня: в такому випадку стріт-арт називають нелегальним (непогодженим) і постає питання про юридичну відповідальність автора та зміст і обсяг його особистих немайнових і майнових прав на створений ним мистецький доробок. Таким чином встановлено, що особливістю досліджуваних відносин є нерозривний зв'язок твору з «полотном» та конфлікт інтересів між власником будівлі та автором твору. Підкреслено, що це призводить до того, що в усіх спірних випадках доводиться обирати, що підлягатиме першочерговому захисту: право власності чи авторське право? Наголошено, що з огляду на відсутність єдиного принципу чи порядку регулювання правовідносин, пов'язаних зі стріт-артом, деякі фахівці у галузі права вважають, що вуличні малюнки не можуть підлягати захисту як об'єкт авторського права, оскільки автор стріт-арту порушує загальні принципи цивільного права та зловживає своїм правом; а деякі – переконані, що стріт-арт відповідає мінімальним вимогам охороноздатності, тож має бути захищений авторським правом навіть у тому випадку, коли зображення нанесене без отримання згоди власника самої будівлі. Зроблено висновок, що потреба у формулюванні чітких критеріїв і методичних порад, за якими можна було б відмежувати легальний стріт-арт від нелегального, є нагальною і потребує наукового вирішення й обґрунтування. Визначено, що в основу такого розмежування можуть бути покладені об'єктивний критерій охороноздатності та суб'єктивний критерій соціокультурності стріт-арту.

Ключові слова: об'єкт авторського права, стріт-арт, вуличне мистецтво, вандалізм, право власності.

This article is devoted to analyzing certain aspects of the legal dualism of street art. Different lawyers' opinions from Ukraine and abroad are given and compared regarding the quality and quantity of formal grounds for street art to be recognized as legal. As a matter of fact, if permission to paint something on the surface of a building was given by the owner of this physical object such street art is considered legal and the artist should not be held liable for painting the surface. The situation becomes more complicated if the owner's permission was not given: in this case the street art is considered illegal (non-agreed) and there arises the matter of the author's liability, and also the content and extent of personal non-property and property rights for the drawing may be disputed. It's emphasized that the legal relationships that are being studied are defined by the tight connection of the work of art to its "canvas" and the conflict of interest between the owner of the building and the author of the work. As a result, in all cases of dispute it becomes necessary to choose whether the priority protection should be given to the ownership or the copyright. Considering the situation it should be mentioned that in the absence of some unified approach to regulation of street art law, some legal experts are sure that aerosol art could not be protected as an object of copyright, as the author of street arts violates the general principles of civil law and abuses his rights; and some are convinced that street art corresponds to minimum requirements of the object of copyright, so it should be protected even if the drawing is made without the permission of the owner of the building. To sum up, the need to formulate clear criteria and methodological advice on how to separate legal street art from illegal vandalism is urgent and requires scientific research. It is therefore concluded that such a distinction may be based on an objective criterion of being able to be protected and a subjective criterion of the sociocultural nature of street art.

Key words: object of copyright, street art, aerosol art, vandalism, ownership.

Постановка проблеми. Нині в усьому світі інтенсивними темпами відбувається процес формування та становлення осередків вуличного мистецтва, котре дедалі більше набуває характеру транскордонного глобального явища. Однак, єдиного принципу чи порядку регулювання правовідносин, пов'язаних зі стріт-артом, у світі ще не вироблено. Відтак кожна країна підходить до вирішення цього питання по-різному або взагалі оминає його врегулювання на законодавчому рівні. Це зумовлено тим, що важко визначити конкретний перелік юридичних підстав і критеріїв, за наявності яких вуличний малюнок можна було б вважати об'єктом авторського права, що підлягає охороні. У зв'язку з цим виникає низка проблем. Наприклад, у той час, як у Цюріху (Швейцарія) під охороною держави перебуває «Ундіна» Гаральда Неделі, у Нью-Йорку (США) девелопери спочатку зафарбовують, а потім зносять будівлю, відому під назвою *5 Pointz*, яка з початку 90-х років користувалася популярністю нарівні з пам'ятками архітектури, бо її фасад був повністю розмальований місцевими графіті-художниками. Подібні питання є актуальними і для України, де стріт-арт як трендовий напрям сучасного мистецтва стрімко набирає обертів популярності, однак питання його законності залишається невирішеним.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Загальним аспектам змісту, сутності, функцій та значущості авторського права і суміжних прав присвячені праці таких українських та зарубіжних фахівців у галузі цивільного права і процесу, як: Р. Еннан, Д. Ліпчик, Л. Майданік, О. Орлюк, О. Сергєєв, О. Харитонова та ін. Проблему правового сприйняття авторського права саме на стріт-арт вивчали: А. Бучковський, С. Ворошилова, А. Галкіна, О. Головчин, К. Заславська, С. Лерман, А. Ситницька, В. Удалкін та ін. У цих працях, які є надбаннями сучасної цивілістики, була сформульована низка обґрунтованих міркувань та влучних висновків, які сприяють усебічному розумінню проблеми правового сприйняття авторського права на стріт-арт та можливості розмежування легальних і нелегальних вуличних малюнків.

Мета статті полягає у здійсненні загального аналізу позицій українських та зарубіжних правників щодо визнання вуличних малюнків легальними, тобто достатньо оригінальними для поширення на них авторського права, їхньому порівнянні та формулюванні висновків про те, чи одностайної думки дотримуються юристи різних країн світу у питаннях правового регулювання цього різновиду мистецтва. Це дасть змогу комплексно розкрити проблему

визначення правової природи стріт-арту та запропонувати критерії визнання вуличних малюнків об'єктами авторського права, що підлягають охороні.

Виклад основного матеріалу. На думку багатьох дослідників сучасної культури, стріт-арт (англ. street art – вуличне мистецтво) – це образотворче мистецтво, характерною рисою якого є урбаністичний стиль та нанесення зображення на приватну чи публічну власність. До вуличного мистецтва відносять: настінні малюнки, зображення у громадських місцях і на різноманітних об'єктах, вуличні інсталяції, стікери, постери та багато іншого [1, с. 156-157].

Ключове значення для правомірності нанесення малюнку має згода власника майна, на якому розміщений цей витвір. За наявності такої згоди художник не понесе юридичну відповідальність за нанесення малюнку. Втім, згода власника не завжди гарантує дотримання прав митця, і навпаки: відсутність згоди власника не завжди означає, що права митця будуть порушені. У цьому контексті доречно розглянути вже згадану у постановці проблеми справу щодо легендарної «мекки муралів», «найбільшого у світі аерозольного музею під відкритим небом» *5 Pointz* у Нью-Йорку. Стріт-арт був нанесений на будівлю за згодою власника, який пізніше вирішив зруйнувати споруду, що йому належала, та побудувати на її місці дві нові багатоповерхові будівлі. Ф. Блок, федеральний суддя США, постановивши у цій справі, що нанесений на будівлю напис (act of lettering) за своєю правовою природою є мистецтвом та застосувавши до графіті статус «витвору визнаної цінності» (work of recognized stature) за Законом про права візуальних художників (Visual Artists Rights Act (V.A.R.A.)), створив прецедент у захисті графіті як об'єктів права власності. За V.A.R.A., авторам таких творів надається немайнове право (moral right) завчасного попередження про знищення графіті, незалежно від того, хто володіє майновими правами на твір. У ході судового процесу Е. Баум, адвокат одного з художників, підкреслював, що власник *5 Pointz* не повідомив його клієнта належним чином за 90 днів, а просто найняв бригаду, яка потайки вночі замалювала всі графіті білою фарбою [2]. Український суд теж визнав стріт-арт об'єктом авторського права. Це підтверджується тим, що обставина ненадання митцю «права останнього фото» перед знищенням його витвору стала достатньою для часткового задоволення позову художника. Йдеться зокрема про справу, коли ДП «Мистецький Арсенал» запропонувало художнику створити для виставки малюнок (мурал), надавши свою стіну як «полотно» та матеріали для роботи. Сторони не оформили письмовий договір, однак усно автор був повідомлений, що витвір буде експонуватися протягом виставки, а після її закінчення – буде знищений. Строки виконання роботи були визначені, однак художник не встиг завершити роботу вчасно. ДП «Мистецький Арсенал» не хотіло експонувати незакінчений витвір, а тому мурал було зафарбовано [3]. Згідно з положеннями ч. 2 ст. 12 Закону України «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 р. № 3792-ХП, якщо збереження об'єкта, в якому втілено оригінал твору, є неможливим, власник матеріального об'єкта, в якому виражено оригінал твору, повинен дозволити автору зробити копію твору у відповідній формі, а якщо це стосується архітектурної споруди – фотографії твору [4]. Відповідно, застосувавши цю норму у справі, суд визнав, що нанесений на стіну малюнок є об'єктом авторського права.

Втім, не завжди вуличні художники виконують роботу на замовлення чи питають дозволу власника матеріального об'єкта, де вони розміщують свої роботи. Постає декілька питань: по-перше, чи можна визнавати нанесений на поверхню стіни будівлі, без згоди власника самої будівлі, малюнок об'єктом права інтелектуальної власності; по-друге, якщо можна, то які особисті немайнові та майнові права виникають у автора; по-третє,

яким чином вони підлягають захисту? Відповідаючи на поставлені питання, потрібно пам'ятати, що особливістю досліджуваних відносин є нерозривний зв'язок твору з «полотном» та конфлікт інтересів між власником будівлі та автором твору. Вуличний малюнок називають нелегальним, якщо він був нанесений на поверхню стіни будівлі митцем за відсутності згоди власника самої будівлі. Нелегальність передусім полягає в тому, що в якості «матеріалу» (тобто, полотна) художник використовує те, що йому не належить, чим втручається в абсолютне і непорушне право власності особи, якій належить цей «матеріал» (тобто, сама будівля, яку автор використовує як полотно). Власник будівлі, на яку нанесено графіті, у свою чергу, володіє усіма правомочностями щодо цього об'єкта, тобто має право володіти, користуватися і розпоряджатися ним, а значить і зафарбувати (тобто, знищити) нанесений на будівлю малюнок. Водночас фрагмент будівлі, на який нанесено стріт-арт, вже виступає як мистецький доробок, і в тому випадку, якщо буде замальований цей фрагмент, то буде знищений оригінал твору. Однак власник будівлі не набуває право власності на цей твір мистецтва за замовчуванням, а, відповідно, і не має права розпоряджатися графіті без згоди автора. Таким чином, виникає колізія між абсолютним правом власності та авторським правом [5]. З огляду на відсутність єдиної позиції законодавця у регулюванні подібних питань під час вирішення таких справ у судовому порядку постає теза, що вуличне мистецтво є актом вандалізму, а відтак взагалі не підлягає захисту як об'єкт авторського права. Наприклад, російський правник В. Удалкін дотримується саме такої позиції, що вуличні малюнки не можуть підлягати захисту як об'єкт авторського права, оскільки автор стріт-арту порушує загальні принципи цивільного права та зловживає своїм правом [6]. Зокрема, у Франції дійсно втілюється така модель регулювання цього питання: якщо малюнок був створений нелегально, тобто без погодження з власником будівлі, то автор не набуває ані майнових, ані авторських права на нього [7]. На протилежному наполягає С. Лерман, професор університету Торкуато Ді Телла в Аргентині та експерт з питань інтелектуальної власності. На її думку, якщо стріт-арт відповідає мінімальним вимогам охороноздатності, то він має бути захищений авторським правом навіть у тому випадку, коли зображення нанесене без отримання згоди власника самої будівлі. Оскільки авторське право стосується тільки нематеріальної частини витвору, правопорушення митця щодо матеріального об'єкту нанесення графіті не мають виключати його захист авторським правом [8, с. 312]. Схожу думку мають українські правники К. Заславська та А. Бучковський, які наголошують, що стріт-арт має підлягати захисту як об'єкт авторського права, бо він майже завжди проходить двоступеневий тест на відповідність мінімальним вимогам охороноздатності: має матеріальну форму і є результатом творчої діяльності [3]. І якщо перший критерій є об'єктивним, то в контексті другого, суб'єктивного, критерію важливо взяти до уваги, що цей витвір має бути віднесений саме до мистецтва, а не до «бомбінгу» (англ. bombing – швидке нанесення малюнку в екстремальних умовах), «тегінгу» (англ. tagging – підпис художника, його нікнейм) чи вандалізму як за задумом, так і за зовнішнім вираженням. Аби відмежувати мистецтво від вандалізму на практиці, потрібно проаналізувати низку обставин і фактів. Вандала, тобто особу, яка завдає шкоди майну інших осіб шляхом нанесення на нього певних написів, що не становлять культурної цінності, спонукає до умисного пошкодження чи руйнування культурно-історичних пам'яток чи майна саме внутрішній потяг до знищення та деструкції, митець же використовує інші шляхи втілення своїх задумів та переслідує зовсім інші цілі. І між намірами автора та вандала варто проводити демаркаційну лінію, бо вони теж впливають на вирішення питання, чим саме є конкретний стріт-арт: мистецтвом чи

вандалізмом? Для визначення того, чи користується той чи інший мистецький доробок «визнаним авторитетом» і чи підлягає захисту як об'єкт авторського права, варто залучати мистецтвознавця, однак на практиці судді найчастіше вирішують це на власний розсуд [9].

Погоджуючись з К. Заславською та А. Бучковським, вважаємо, що при вирішенні питання про визнання стріт-арту об'єктом авторського права мають бути враховані два критерії: 1) критерій охороноздатності, який за своєю природою є об'єктивним (втілення у матеріальній формі і результат творчої діяльності) та 2) соціокультурний критерій, який за своєю природою є суб'єктивним, але надає можливість відрізнити хаотичний напис, нанесений вандалом, від твору мистецтва, виконаного художником, і визнати останній «витвором визнаної цінності» за низкою критеріїв, як-от можливість простежити певну творчу манеру митця, цілі, які переслідував автор у процесі створення малюнку тощо.

Разом із тим, підтримуємо точку зору С. Лерман та К. Заславською і А. Бучковським, що непогожене графіті не повинно позбавлятися авторсько-правового захисту тільки з огляду на те, що було створене за відсутності згоди власника «полотна». Стріт-арт, подібно до інших об'єктів авторського права, є результатом творчої діяльності митця, що виражений в матеріальній, тобто об'єктивно існуючій, доступній для візуального сприйняття, формі. Особисті немайнові права автора на твір у стилі стріт-арт за своєю правовою природою існують незалежно від речових прав на матеріальний об'єкт, на якому були створені. Отже, питання щодо відповідальності художника за використання певного майна як «полотна» без згоди його власника має вирішуватися окремо, а не автоматично позбавляти митця його нематеріального авторського права. Однак, в окремих випадках, з урахуванням обставин кожної конкретної справи, автору стріт-арту може бути відмовлено судом у захисті авторського права з посиланням на зловживання з його боку своїм правом. У разі встановлення того факту, що малюнок не має культурної цінності та є радше прикладом «бомбінгу», «тегінгу» чи вандалізму, ніж стріт-арту як напрямку мистецтва, питання про авторське право не постає, оскільки напис не підпадає під перший критерій охороноздатності, тобто не є результатом творчої діяльності. А відтак вирішенню підлягатиме лише питання про відповідальність особи за завдання шкоди матеріальному об'єкту, на який було нанесено малюнок.

Проблема кваліфікації стріт-арту є актуальною і по відношенню до вітчизняних реалій. Зокрема, не можна оминути сумний приклад знищення робіт Гамлета Зінківського, відомого українського стріт-арт художника, автора графічних робіт, інсталяцій, перформансів. У 2013 році він представляв Україну на найбільшому форумі сучасного мистецтва у світі – Венеціанській Бієнале, а також входив до списку номінантів Премії PinchukArtCentre 2009 року. Знищення та спотворення його робіт неодноразово ставали предметом жвавих і запеклих дискусій як серед мистецтвознавців, так і серед правників. Роботи Гамлета Зінківського є саме мистецтвом, яке підлягає захисту авторським правом, а не вандалізмом за сукупністю таких критеріїв: 1) муралі Гамлета Зінківського мають матеріальну форму і є результатами творчої діяльності; 2) художник має особливий, притаманний лише йому, творчий стиль (монохромні кольори, дійові особи – лише чоловіки, філософські написи тощо); роботи мають на меті не плондрвання культурно-історичних пам'яток, а органічне доповнення урбаністичного середовища міст та спонукування людей до філософських роздумів [10; 11].

Висновки. Питання правового регулювання стріт-арту наразі не має остаточного вирішення ані серед практиків, ані серед теоретиків правознавства різних країн світу. Це пов'язано, передусім, зі складністю формулювання чітких критеріїв і підстав, за якими можна було б відмежувати легальний стріт-арт від нелегального і однозначно обрати, що підлягатиме захисту в усіх спірних випадках: право власності чи авторське право. Як наслідок, така неоднозначність і дискусійність призводить до того, що у той час, як у деяких країнах проводять фестивалі стріт-арту, а райони з графіті визнаються пам'ятками архітектури, в інших країнах авторів стріт-арту переслідують правоохоронні органи та визнають їхні мистецькі доробки актами вандалізму. Вважаємо, що будь-яке графіті, як легальне, так і нелегальне має підлягати захисту як об'єкт авторського права. Однак, гостро стоїть потреба в розробці чітких критеріїв та методичних порад, за якими можна було б відмежувати об'єкти мистецтва стріт-арту від об'єктів тегінгу, бомбінгу та аналогічних видів вандалізму. В основу такого розмежування можуть бути покладені: об'єктивний критерій охороноздатності, наявність матеріальної форми і визнання об'єкта результатом творчої діяльності та суб'єктивний критерій соціокультурності, «визнаний авторитет» стріт-арту, можливість простежити певну творчу манеру митця, цілі, які переслідував автор у процесі створення малюнку тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Галкина А. Правовые проблемы стрит-арта. *Право будущего: Интеллектуальная собственность, инновации, Интернет*. 2018. С. 156-165.
2. Ситницька А. Стріт-арт на 6,7 мільйонів: вікове рішення у захисті графіті. *Взгляд юриста: юридический блог компании Jurimex*. 03.03.2018. URL: <http://jurblog.com.ua/2018/03/strit-art-na-67-milyoniv-vihove-rishennya-u-zakhisti-grafiti/> (дата звернення: 15.03.2021).
3. Заславська К., Бучковський А. Бенксі, Гамлет та стріт-арт. Як правовласнику захистити мурал. *ILF юридична компанія*. 21.03.2019. URL: <https://www.ilf-ua.com/uk/blog/benksi-gamlet-ta-strit-art-ia-k-pravovlasniku-zakhistiti-mural/> (дата звернення: 16.03.2021).
4. Про авторське право і суміжні права: Закон України від 23 грудня 1993 р. № 3792-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3792-12#Text> (дата звернення: 16.03.2021).
5. Шишанова А. Правовая охрана граффити: авторские права vs. право собственности. *Crossarea*. 22.07.2019. URL: <https://crossarea.ru/graffiti/pravovaja-ohrana-graffiti-avtorskie-prava-vs-pravo-sobstvennosti/> (дата звернення: 11.04.2021).
6. Удалкин В. Граффити: порча имущества или объект авторского права? *Pravmisl.ru. Учебные материалы*. URL: http://pravmisl.ru/index.php?option=com_content&task=view&id=1209&Itemid=86 (дата звернення: 18.03.2021).
7. Ворошилова С. У вас на платъе моє граффити: какие права есть у уличных художников. *Bird in flight*. 02.08.2019. URL: <https://birdinflight.com/ru/vdohnovlenie/opyt/20190802-art-outside.html> (дата звернення: 19.03.2020).
8. Lerman C. Protecting artistic vandalism: graffiti and copyright law. *N. Y. U. Journal of Intell. Prop. & Ent. Law*. 2013. Vol. 2, N. 2. Pp. 295-338.
9. Головчин О. Стріт-арт війна в Україні. Чому право розфарбувати стіни мають усі? *iPress.ua*. URL: https://ipress.ua/articles/stritart_viyuna_v_ukraini_chomu_pravo_rozfarbovuvaty_stiny_mayut_vsi_270391.html (дата звернення: 20.03.2021).
10. Лигостаева С. Гамлет Зинковский, художник, мастер стрит-арта. *Украинформ*. 27.10.2018. URL: <https://www.ukrinform.ru/rubric-culture/2564354-gamlet-zinkovskij-hudozhnik-master-stritarta.html> (дата звернення: 20.03.2021).
11. Пономаренко И. Стрит-арт от Гамлета Зинковского, часть 1. *Unexploredcity*. 17.05.2017. URL: <https://unexploredcity.com/ru/tour-view/134> (дата звернення: 22.03.2021).

КІБЕРБЕЗПЕКА ЯК ЕЛЕМЕНТ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ДЕРЖАВИ CYBERSECURITY AS AN ELEMENT OF INFORMATION STATE SECURITY

Лахтадир С.Л., старший науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України

Статтю присвячено дослідженню сутності та ознак кібербезпеки та з'ясуванню її ролі у сфері правового регулювання суспільних інформаційних відносин в Україні. У статті обґрунтовано, що питання забезпечення кібербезпеки в Україні є надзвичайно актуальним на тлі гібридної війни, що триває. Однак на сьогодні в нашій державі заходи з протидії викликам і загрозам у зазначеній сфері перебувають на початковому етапі та не мають комплексного характеру для подолання таких загроз. Прийняття спеціального законодавчого акта щодо кібербезпеки дозволить, окрім закріплення спеціальної термінології, визначити правові та організаційні засади державної політики в цій сфері, основні принципи та напрями забезпечення кібербезпеки. Аргументується, що державна політика у сферах національної безпеки й оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки України тощо. Зроблено висновок, що правові норми, спрямовані на забезпечення національної кібербезпеки як пріоритетного напрямку реалізації національної політики України, мають публічно-правову природу і становлять міжгалузевий правовий інститут у системі права України, який регулює інформаційні суспільні відносини в секторах національної інформаційної безпеки, виборчої системи, медицини, оборони, транспорту, фінансово-банківської сфери тощо та забезпечує інформаційний суверенітет держави як суб'єкта міжнародного права загалом.

У подальшому перспективними напрямками досліджень кібербезпеки як правової категорії стане розробка структури цієї категорії та її взаємозв'язок з іншими правовими категоріями в галузі інформаційного права. Особливо актуальним питанням, яке потребуватиме подальшого правового забезпечення, стане сфера та технології застосування штучного інтелекту в державному управлінні та судочинстві, що не лише допоможе здійснити квантовий стрибок у цьому напрямі, а й несе великі ризики у сфері інформаційної безпеки держави.

Ключові слова: інформація, кібербезпека, інформаційне суспільство, інформаційна безпека, гібридна війна, кіберпростір, пандемія.

The article deals with the study of the essence and features of cybersecurity and finding out its role in the field of legal regulation of social information relations in Ukraine. The article substantiates that the issue of providing cybersecurity in Ukraine is extremely relevant considering the current hybrid war. However, nowadays in our country, measures to counteract the challenges and threats in this area are at an initial stage and do not have a comprehensive nature to overcome such threats. Adoption of a special legislative act on cyber security will allow, except for the consolidation of special terminology, to determine the legal and organizational principles of state policy in this area, the basic principles and directions to provide cyber security. It is stated that state policy in the spheres of national security and defense is directed to ensure military, foreign policy, state, economic, informational, environmental safety, cybersecurity of Ukraine, etc. It is concluded that legal norms aimed at providing national cybersecurity as a priority direction of the implementation of national policy of Ukraine have public and legal nature and constitute an inter-sectoral legal institute in the system of law of Ukraine, which regulates information social relations in the sectors of national information security, electoral system, medicine, defense, transport, financial and banking sphere, etc. and provides information sovereignty of the state as a subject of international law as a whole.

In the future, prospective directions of cyber security research as a legal category will include the development of the structure of this category and its interconnection with other legal categories in the field of information law. The scope and technologies of applying artificial intelligence in public administration and legal proceedings will become a particularly relevant issue that will require further legal support, which is supposed not only to help to carry out a quantum leap in this direction, but will also bear great risks in the field of information security.

Key words: information, cybersecurity, information society, information security, hybrid war, cyberspace, the pandemic.

Актуальність дослідження. Транскордонний характер кіберпростору, його залежність від складних інформаційних технологій, активне використання електронних майданчиків і сервісів кіберпростору, які охоплюють майже всі сфери суспільного життя, визначають нові можливості, але при цьому й розвивають нові загрози правам, інтересам і життєдіяльності особистості, організації, діяльності державних органів; проведення кібератак проти інформаційних ресурсів з боку кіберзлочинців і кібертерористів; використання кіберзброї в рамках спеціальних операцій і кібервійн, зокрема тих, що супроводжують традиційні бойові дії.

Огляд останніх досліджень і публікацій. Теоретичною базою для вирішення поставленої проблеми стало компаративне дослідження національного та міжнародного законодавства щодо інформації з метою пошуку істотних ознак кібербезпеки як новітнього правового явища. Оскільки понятійно-категоріальний апарат цієї проблематики характеризується поліваріантністю тлумачення авторських дефініцій, постала необхідність також звернення до наукових напрацювань зарубіжних учених. Так, наукові теоретичні засади інформаційної безпеки держави були предметом уваги таких вітчизняних і зарубіжних дослідників, як: І.В. Арістова [1], І.Л. Бачило [2], В.В. Волинець [3], В.І. Гурковський [4], І.В. Діордіца [5], І.А. Кисарець [6], В.А. Ліпкан [7], А.І. Марущак [8], В.Я. Настюк [9], Г.П. Несвіт [10], С.В. Петров [11],

Ю.В. Романчук [12], І.М. Сопілко [13], К.Г. Татарникова [14], В.С. Цимбалюк [15], О.В. Шепета [16] та ін. Разом з цим сутність кібербезпеки як елемента інформаційної безпеки до цього часу на доктринальному рівні не досліджено, що потребує детального правового аналізу.

Мета статті – з'ясування сутності та ролі кібербезпеки як елемента інформаційної безпеки держави, а також визначення місця правових норм у сфері забезпечення кібербезпеки в системі права України.

Виклад основного матеріалу. Виділяючи властивість нормативності й розглядаючи її як визначальну, найбільш загальну в складі всього комплексу властивостей права, необхідно передусім звернутися до визначення цього терміна. Нормативність – властивість права, що виявляє його зміст і призначення; у нормативності виявляється потреба затвердження в суспільних відносинах нормативних начал, пов'язаних із забезпеченням впорядкованості суспільного життя, руху суспільства до свободи, згоди й компромісу в суспільному житті, захищеного статусу автономної особистості, її прав і свободи поведінки. Право під певним кутом зору може бути схарактеризоване як «система норм», тобто загальних правил, зразків, моделей поведінки, які поширюються на всі випадки подібного роду й відповідно до яких має будуватися поведінка всіх осіб, які потрапили в нормативно регламентовану ситуацію. При цьому найістотніше полягає в тому, що праву, якщо розглядати його з глибоких інституційних позицій,

властива нормативність особливої якості. Це нормативність, що має характер загальності: якщо загальні правила є такими для всієї країни, то нормативність виступає як нормативність загальнообов'язкова.

Під нормативністю відносно права загалом слід розуміти щось більш юридично глибоке й більш соціально значуще, безпосередньо пов'язане з власною цінністю права. Нормативність у зазначеному сенсі позначає, що право за допомогою загальних правил реалізує потребу суспільства в утвердженні нормативних начал і тому охоплює всі сфери соціального життя, які потребують юридичного регулювання. Причому так, що в ньому не повинно залишатися «лакуни», у яких могли б отримати притулок свавілля й беззаконня – соціальні антиподи права.

Реальні прояви кібератак мало прогнозовані, а їхнім результатом є, як правило, значні фінансово-економічні збитки або непередбачувані наслідки порушень функціонування інформаційно-телекомунікаційних систем, які безпосередньо впливають на стан національної безпеки й оборони. У зв'язку з цим реальні загрози вимагають впровадження комплексних заходів, спрямованих на забезпечення кібербезпеки. Питання забезпечення кібербезпеки є надзвичайно актуальними і для України. Однак у нашій державі заходи з протидії викликам і загрозам у зазначеній сфері перебувають на початковому етапі та не мають комплексного характеру. Прийняття законодавчого акта щодо кібербезпеки дозволить, окрім термінології, визначити правові та організаційні засади державної політики в цій сфері, основні принципи та напрями забезпечення кібербезпеки [17].

Державна політика у сферах національної безпеки й оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки України тощо й регламентується Законом України «Про національну безпеку України» від 21 червня 2018 р. № 2468-VIII [18]. Національна інформаційна безпека є комплексним поняттям, яке по-різному розкривається в різних публічних документах, навчальних посібниках, статтях експертів. Вона не обмежується тільки інформаційною безпекою держави, її органів, сфер оборони та внутрішньої політики. Доктрина інформаційної безпеки об'єктом захисту розглядає збалансовані інтереси особистості, суспільства й держави. Без охорони інформаційних інтересів особистості і громадянина неможливо сприйняття держави як суб'єкта суспільного договору й носія суверенітету, а без цього у свою чергу неможливий захист громадян. Зміст поняття передбачає також захист інформаційної інфраструктури, який здійснюється програмними, фізичними й технічними засобами, забезпечення безпеки наукових розробок і ноу-хау. Таким чином, під національною безпекою в цифровому просторі, що включає забезпечення інформаційної безпеки особистості, суспільства, держави та інфраструктури, розуміється стан захищеності інформаційного середовища, що гарантує дотримання прав і законних інтересів особистості, суспільства й держави в інформаційній сфері, коли забезпечуються їхній захист, реалізація й можливість розвитку незалежно від кількості та якості внутрішніх і зовнішніх загроз.

Стратегія кібербезпеки України (Стратегія) – документ довгострокового планування, що визначає загрози кібербезпеці України, пріоритети та напрями забезпечення кібербезпеки України з метою створення умов для безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства й держави. Стратегія виступає документом довгострокового планування, у якому визначено пріоритети національних інтересів України у сфері кібербезпеки, наявні та потенційно можливі кіберзагрози життєво важливим інтересам людини і громадянина, суспільства та держави в кіберпросторі, пріоритетні напрями, концептуальні підходи до фор-

мування та реалізації державної політики щодо безпечного функціонування кіберпростору, його використання в інтересах особи, суспільства й держави, підвищення ефективності основних суб'єктів забезпечення кібербезпеки, насамперед суб'єктів сектору безпеки й оборони, щодо виконання завдань у кіберпросторі, а також потреби бюджетного фінансування, достатні для досягнення визначених цілей і виконання передбачених завдань, та основні напрями використання фінансових ресурсів. Організація підготовки Стратегії кібербезпеки України здійснюється за дорученням Президента України Національним координаційним центром кібербезпеки після затвердження Стратегії національної безпеки України. Стратегія кібербезпеки України схвалюється рішенням Ради національної безпеки й оборони України та затверджується указом Президента України. Цей документ виступає основою для підготовки державних програм та нормативно-правових актів, що стосуються забезпечення кібербезпеки України.

Реалізація Стратегії кібербезпеки України здійснюється на основі національного оборонного, безпекового, економічного, інтелектуального потенціалу з використанням механізмів державно-приватного партнерства, а також із залученням міжнародної консультативної, фінансової, матеріально-технічної допомоги.

У науковій доктрині запропоновано формування аргументації окремої кібернетичної функції держави для реалізації самостійного і пріоритетного напрямку державної кібербезпекової політики, який здійснюється за допомогою кібернетичних засобів для досягнення кібернетичного суверенітету, вільного та безпечного розвитку кіберсуспільства в рамках національного сегменту кіберпростору конкретної держави, зокрема для захисту прав, свобод і законних інтересів людини і громадянина у сфері кібербезпеки; виступає формою досягнення інших цілей суспільства й держави в найбільш важливих сферах життєдіяльності [19, с. 36]. Під кібербезпековою політикою розуміється системна діяльність держави з протидії інформаційним загрозам, що розповсюджуються через кібернетичний простір, координація діяльності всіх державних і недержавних структур, задіяних у забезпеченні кібернетичної безпеки, забезпеченні від можливих протиправних дій у цій сфері тощо [19, с. 89]. Стрімке збільшення обороту різноманітної інформації (включаючи комерційну інформацію, інформацію про нові технології, інформацію в складі баз даних), глобалізація доступу до неї і поява нових засобів її формування, поширення й використання актуалізували питання збереження й легального використання масивів інформації.

Інформаційна безпека виходить за рамки потреб окремих власників і виступає вже одним із напрямів національних стратегій розвитку. Наприклад, Національна стратегія інтелектуальної власності, прийнята в КНР у 2013 році на п'ятирічний період, визначила кілька головних цілей: (1) заохочення створення інтелектуальної власності, тобто підвищення якості прав інтелектуальної власності та інноваційної ефективності, поліпшення оцінки патентів, товарних знаків, авторських прав, нових сортів рослин і ін., вдосконалення системи оцінки ефективності, заохочення творців ІР і перехід від кількості до якості і значення ІР для модернізації; (2) посилення впливу ІР у ключових галузях економіки через державне планування використання ІС у стратегічних нових галузях промисловості із застосуванням преференційної експертизи патентних заявок на винаходи в цих галузях і новітніх технологіях (зокрема енергозбереження та охорони навколишнього середовища, інформаційних технологій нового покоління, біології, виробництва високоякісного обладнання, нової енергії, нових матеріалів, а також технологій, що підтримують зелений розвиток, таких як низьковуглецеві та ресурсозберезувальні технології); (3) сприяння впровадженню ІР за допомогою зміцнення ключової ролі у вико-

ристанні IP підприємствами й поліпшення комерціалізації нового покоління прав ІВ у комунікаційних технологіях, трансферу прав на технології військового та цивільного призначення, поліпшення менеджменту ІС, застосування фінансових інструментів використання ІС (заставу і кредит прав ІВ), прав на ліцензії, прав у статутних капіталах та інших активів; (4) посилення захисту IP шляхом удосконалення законодавства й оцінки ефективності захисту ІС, підвищення ефективності судового захисту прав інтелектуальної власності та потенціалу адміністративного правозастосування, включаючи міжнародні суперечки; (5) підвищення ефективності управління ІС, включаючи інформаційні, сервісні та юридичні й патентні послуги з просування патентів, товарних знаків, авторських прав, правову оцінку ІС; (6) розвиток культури поведіння ІС.

З урахуванням розробленої Національної стратегії кібербезпеки у Великобританії зараз тестується нова форма взаємодії держави і приватного бізнесу у сфері інформаційної безпеки – Партнерство з обміну інформаційної безпеки (Cybersecurity Information Sharing Partnership («CISP»)). CISP покликана встановити нове «захищене середовище» обміну й отримання інформації між державними органами і приватним бізнесом. Сучасне законодавство Великобританії вже зобов'язує всіх операторів даних застосовувати відповідні технічні та організаційні заходи проти незаконної обробки даних, а у випадках серйозного порушення інформаційної безпеки можуть накладатися грошові штрафи в розмірі до £ 500 000. Крім того, фінансові компанії зобов'язані виконувати додаткові нормативні вимоги, включаючи організацію систем і засобів контролю дотримання правил фінансових операцій [20, с. 64].

Контртерористичне управління Організації Об'єднаних Націй здійснює ряд ініціатив в галузі нових технологій. Наша Програма з кібербезпеки й нових технологій спрямована на зміцнення потенціалу держав-членів у галузі запобігання та пом'якшення наслідків неправомірного використання таких технічних досягнень. Вона передбачає протидію загрози кібератак, що здійснюються терористичними організаціями на критично важливу інфраструктуру, а також заохочення використання соціальних мереж для збору інформації з відкритих джерел і цифрових доказів з метою протидії онлайн-тероризму й насильницькому екстремізму при дотриманні прав людини. Фахівці Програми також ділилися своїми експертними знаннями з використання безпілотних літальних апаратів на міжнародних форумах і розробляють інші проекти в цій галузі. Цей проект також спрямований на пом'якшення наслідків атак на окремі системи і їх відновлення після нападу.

У ході проведення шостого огляду Глобальної контртерористичної стратегії Організації Об'єднаних Націй держави-члени висловили «стурбованість з приводу того, що в умовах глобалізованого суспільства терористи і їхні прихильники все ширше використовують інформаційно-комунікаційні технології, зокрема Інтернет та інші засоби інформації, для пропаганди терористичних актів, їх здійснення, підбурювання до їх вчинення, вербування їхніх виконавців і їх фінансування або планування». Держави-члени ООН наголосили на важливості співпраці зацікавлених сторін у здійсненні Стратегії, зокрема між державами-членами, міжнародними, регіональ-

ними та субрегіональними організаціями, приватним сектором і громадянським суспільством. У резолюції № 2341 (2017 р.). Рада Безпеки ООН закликає держави встановити або зміцнити національні, регіональні та міжнародні партнерські відносини із зацікавленими сторонами – державними і приватними – згідно з обставинами з метою обміну інформацією та досвідом і тим самим запобігання терористичних нападів на критично важливі об'єкти інфраструктури, забезпечення захисту від них, пом'якшення їхніх наслідків, їх розслідування, реагування на них і відновлення після заподіяної ними шкоди, зокрема шляхом проведення спільних навчальних заходів та застосування або створення відповідних мереж зв'язку або екстреного оповіщення [21]. Щодо стосується досвіду Європейського Союзу в правовому забезпеченні кіберпростору, то останнє регламентовано Директивою про кібербезпеку, на основі якої кожна держава-член Євросоюзу має прийняти власну стратегію мережевої та інформаційної безпеки («NIS»). Відповідальність за забезпечення безпеки мережевих та інформаційних систем лежить значною мірою на операторах основних послуг та надавачах цифрових послуг (Регламент Європейського Парламенту і ради (ЄС) 2016/679 від 27 квітня 2016 року про захист фізичних осіб у зв'язку з опрацюванням персональних даних і про вільний рух таких даних (Загальний регламент про захист даних)) [22]. Однак цей Регламент не застосовується до питань захисту фундаментальних прав і свобод або вільного потоку персональних даних, пов'язаних з діяльністю поза межами законодавства Союзу, наприклад, діяльністю щодо національної безпеки. Сфера застосування правових норм, спрямованих на забезпечення кібербезпеки держави, становить інститут публічного права й має публічно-правову природу.

Висновки. Державна політика у сферах національної безпеки й оборони спрямовується на забезпечення воєнної, зовнішньополітичної, державної, економічної, інформаційної, екологічної безпеки, кібербезпеки України тощо. Правові норми, орієнтовані на забезпечення національної кібербезпеки як пріоритетного напрямку реалізації національної політики України, мають публічно-правову природу й становлять міжгалузевий правовий інститут у системі права України, який регулює інформаційні суспільні відносини в секторах національної інформаційної безпеки, виборчої системи, медицини, оборони, транспорту, фінансово-банківської сфери тощо та забезпечує інформаційний суверенітет держави як суб'єкта міжнародного права загалом. Прийняття спеціального законодавчого акта щодо протидії кібербезпеки дозволить, окрім закріплення спеціальної термінології, визначити правові та організаційні засади державної політики в цій сфері, основні принципи та напрями забезпечення кібербезпеки.

Подальшими перспективними напрямами досліджень кібербезпеки як правової категорії стане розробка структури цієї категорії та її взаємозв'язок з іншими правовими категоріями в галузі інформаційного права. Особливо актуальним питанням, яке потребуватиме подальшого правового забезпечення, стане сфера та технології застосування штучного інтелекту в державному управлінні та судочинстві, що не лише допоможе здійснити квантовий стрибок у цьому напрямі, а й несе собою великі ризики у сфері національної інформаційної безпеки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Арістова І.В. Державна інформаційна політика та її реалізація в діяльності органів внутрішніх справ України: організаційно-правові засади: дис. ... д-ра юрид. наук: 12.00.07. Харків, 2002. 408 с.
2. Бачило І.Л., Лопатин В.Н., Федотов М.А. Информационное право: учебник / под ред. Б.Н. Топорнина. Санкт-Петербург: Юридический центр Пресс, 2001. 787 с.
3. Волинець В.В. Проблеми правового забезпечення інформаційної функції держави у сучасній Україні. *Юридична Україна*. 2012. № 10. С. 4–10.
4. Гурковський В.І. Організаційно-правові питання взаємодії органів державної влади у сфері національної інформаційної безпеки: дис. ... канд. юрид. наук з держ. упр.: 25.00.02. Київ, 2004. 225 с.

5. Діордіца І.В. Кібербезпекова політика України: стан та пріоритетні напрями реалізації: монографія. Запоріжжя: Видавничий дім «Гельветика», 2018. 548 с.
6. Кисарець І.А. Політико-культурна парадигма державної інформаційної політики: дис. ... канд. політ. наук: 23.00.03. Київ, 2008. 195 с.
7. Ліпкан В.А. Національна безпека України: нормативно-правові аспекти забезпечення: монографія. Київ: Текст, 2003. 180 с.
8. Марущак А.І. Інформаційне право: регулювання інформаційної діяльності: навч. посіб. Київ: Скіф; КНТ, 2008. 344 с.
9. Настюк В.Я. Адміністративно-правові режими у сфері національної безпеки та протидії тероризму: монографія. Київ, 2008. 245 с.
10. Несвіт Г.П. Інформаційна політика держави як чинник реформування суспільства: дис. ... канд. політ. наук: 23.00.02. Одеса, 2001. 193 с.
11. Петров С.В. Адміністративно-правове забезпечення реалізації права громадян на інформацію: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2013. 196 с.
12. Романчук Ю.В. Міжнародне співробітництво у сфері інформаційної безпеки: концептуальний та регулятивний аспекти: автореф. дис. ... канд. політ. наук: 23.00.04. Київ, 2009. 20 с.
13. Сопілко І.М. Інформаційні правовідносини за участю органів державної влади України: монографія. Київ: Леся, 2013. 220 с.
14. Татарникова К.Г. Кодифікація законодавства України про інформацію: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2014. 212 с.
15. Цимбалюк В.С. Інформаційне право (основи теорії і практики): монографія. Київ: Освіта України, 2010. 388 с.
16. Шелета О.В. Адміністративно-правові засади технічного захисту інформації: монографія. Київ: О.С. Ліпкан, 2012. 296 с.
17. Аналітична записка щодо законопроекту «Про основні засади забезпечення кібербезпеки України». URL: www.inau.org.ua/download.php?bd189aeba731113f59c7d7fcacf193f3 (дата звернення: 11.03.2021).
18. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 р. № 2468-VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 55. Ст. 1903.
19. Діордіца І.В. Адміністративно-правове регулювання кібербезпеки України: дис. на здоб. наук. ступ. докт. юрид. наук: 12.00.07. Запоріжжя, 2018. 521 с.
20. Карцхія А.М. Кибербезопасность и частная собственность. Часть 1. *Вопросы кибербезопасности*. 2014. № 1. С. 61-66.
21. Кибербезопасность. Контртеррористическое управление ООН. URL: <https://www.un.org/counterterrorism/ru/cct/programme-projects/cybersecurity> (дата обращения: 20.02.2021).
22. Загальний регламент про захист даних. *Офіційний вісник Європейського Союзу*. 06.05.2006. L 119/1. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_008-16#Text (дата звернення: 12.03.2021).

ПРАВОВА ПРИРОДА ЗОБОВ'ЯЗАНЬ, ЩО ВИНИКАЮТЬ З ІГОР І ПАРІ

LEGAL NATURE OF OBLIGATIONS ARISING FROM GAMES AND PAIRS

Логойко О.О., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено дослідженню правової природи зобов'язань, що виникають з ігор та парі. Авторка обрала актуальну в умовах сьогодення тему, зважаючи на підвищений інтерес до азартних ігор та парі як в Україні, так і в усьому світі.

У статті проаналізовано ознаку ігор та парі – ризик і зроблено висновок про належність зобов'язань, що з них виникають, до алеаторних договорів. Попри існування двох концепцій розуміння ігор та парі як односторонніх та двосторонніх правочинів, авторка підтримала останню, стверджуючи, що праву однієї особи кореспондується обов'язок іншої.

Стаття надає інформацію про те, що ризиковий характер договорів детермінований наявністю в них аномальних умов досягнення юридичної мети або підстави ризикового зобов'язання, що представлена дією випадку невизначеності на момент виникнення зобов'язання.

Авторка звертається до історичного аспекту існування договорів з ігор і парі, у статті згадується, що правова природа зобов'язань гри та парі виникла ще в римському праві й полягала у визнанні їх специфічним різновидом неповних цивільних зобов'язань, які мали в основі фактичне зобов'язання, з якого виникали певні юридичні наслідки через фактичне становище речей. Таке загалом дає змогу зрозуміти, що ігри та парі – не новинка для правової системи сучасності.

У роботі проаналізовано, що ситуації з неоднозначною природою зобов'язань, які виникають з ігор та парі, загострилася з ухваленням у серпні 2020 року Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», який хоч і надає можливість брати участь в азартних іграх, парі тощо, однак можливих способів захисту прав сторін таких договорів не встановлює.

Авторка переконана в потребі доповнення Цивільного кодексу України положеннями, що могли б якісно регулювати досліджуваний вид зобов'язань, адже фактично законодавством України віднедавна така діяльність є дозволеною.

Ключові слова: ігри, парі, алеаторні договори, зобов'язання, правова природа.

The article examines the legal nature of obligations arising from games and betting. The author chose a topic that is relevant today, given the increased interest in gambling and betting both in Ukraine and around the world.

The article analyzes the feature of games and betting – risk and concludes that the obligations arising from them to the aleatory agreements. Despite the existence of two concepts of understanding games and betting as unilateral and bilateral transactions, the author supported the latter, arguing that the right of one person corresponds to the duty of another.

The article provides information that the risky nature of contracts is determined by the presence in them of abnormal conditions for achieving the legal purpose or basis of the risk obligation, which is represented by the action of uncertainty at the time of the obligation.

The author refers to the historical aspect of the existence of contracts for games and betting, the article mentions that the legal nature of the obligations of the game and betting originated in Roman law and consisted in recognizing them as a specific kind of incomplete civil obligations based on actual obligations. binding, which gave rise to certain legal consequences due to the actual state of affairs. This guessing makes it clear that games and betting are not new to today's legal system.

The paper analyzes that the situation with the ambiguous nature of the obligations arising from games and betting has worsened with the adoption in August 2020 of the Law of Ukraine "On state regulation of activities for the organization and conduct of gambling", which although provides an opportunity to participate in gambling games, bets, etc., but does not establish possible ways to protect the rights of the parties to such agreements.

The author is convinced of the need to supplement the Civil Code of Ukraine with provisions that could qualitatively regulate the type of obligations under investigation, because in fact the legislation of Ukraine has recently allowed such activities.

Key words: games, bets, random contracts, obligations, legal nature.

Вступ. В умовах сучасного світу дедалі частіше постає питання про регламентування договорів, що виникають з ігор та парі. Нові соціально-економічні орієнтири та тренди в суспільному житті призвели до певної «моди» на укладання парі та участь в іграх різного характеру – від азартних до спортивно-оздоровчих. Цивільний кодекс таких договорів не регламентує, а тому певний правовий статус їхніх сторін та особливості таких зобов'язань залишаються поза межами правового поля, що є очевидною прогалиною, яка потребує якнайшвидшої реакції з боку законодавця.

Актуальність дослідження особливостей зобов'язань, що виникають з ігор та парі, зумовлена щораз більшим інтересом до цієї категорії договорів. Проблема залишається в тому, що цивільно-правове регулювання дещо відстає від динамічного розвитку нових правових інститутів, а тому питання таких особливих видів договорів повинно бути проаналізовано принаймні в наукових доробках.

Метою дослідження є аналіз особливостей зобов'язань, що виникають з ігор та парі.

Результати дослідження. Свобода договору, проголошена в Цивільному кодексі України, зумовила утворення різноманітних правових конструкцій, які ще донедавна були позбавлені можливості судового захисту, та й узагалі їх існування ставилося під сумнів. Варто розпочати

з того, що за своєю природою ігри та парі – зобов'язання, що виникають із ризику. Ризик для певної категорії осіб – насолода, а тому ризикувати, укладаючи парі або граючи в ігри – буденність. Однак постає питання про те, яким же чином розв'язувати питання про правову природу таких договорів, до якої групи їх відносити. Зважаючи на наведене вище, можна говорити, що договори, які виникають у процесі такої діяльності, тобто парі чи ігор, можна назвати «договорами з ризиком», у теорії цивільного права такі договори іменуються як алеаторні.

М.М. Великанова влучно щодо цього зазначає, що система алеаторних (ризикових) договорів зумовлена їхніми підставами, предметом, суб'єктивним складом. Ризиковий характер договорів зумовлений наявністю в них аномальних умов досягнення юридичної мети або підстави ризикового зобов'язання у вигляді зумовленої дією випадку невизначеності на момент виникнення зобов'язання загального розміру або існування зустрічного майнового надання. Авторка наголошує, що ризикові зобов'язання мають тривалий, регулярний і особливо ризиковий характер, зумовлений ознакою алеаторності. Термін «алеаторний» походить від лат. «alea», що означає «гральна кістка, азартна гра, ризик, випадковість, небезпека, сміливе прагнення». Тому в цивілістичній науці алеаторними називають договори, які, будучи оплатними, конструюються так,

що обсяг зустрічного задоволення, який випадає від однієї сторони, залишається невідомим, доки не настане обставина, покликана його остаточно визначити [1, с. 53].

С.В. Губарев також висловив свою думку щодо алеаторних договорів. На думку науковця, правова природа ризикових (алеаторних) договорів полягає в тому, що це є правочини зі зниженим ступенем вірогідності очікуваного зустрічного виконання зобов'язання, у яких розмір чи саме існування зустрічного надання поставлено в залежність від настання юридичного ризику – випадкової обставини, внесеної до умов зазначених договорів, що спричиняється незбалансованістю прав і обов'язків зі ступенем їхнього правового захисту, іншими нетиповими умовами виконання зазначених зобов'язань [2, с. 2].

Якщо звернутися до історичного аспекту існування договорів з ігор і парі, то можна згадати, що правова природа зобов'язань гри і парі виникла ще в римському праві й полягала у визнанні їх специфічним різновидом неповних цивільних зобов'язань, які мали в основі фактичне зобов'язання, з якого виникали певні юридичні наслідки через фактичне становище речей, зумовлене природним правом. За часів СРСР, до прикладу, азартні ігри і парі на інтерес визнавалися антисоціальними правочинами й засуджувалися законодавцем шляхом позбавлення їх позовного захисту та накладення юридичних санкцій [3, с. 154].

До азартних ігор та інших алеаторних правочинів мають застосовуватися правила ст. 213 Цивільного кодексу України, якщо настанню умови недобросовісно перешкодила сторона, якій це не вигідно (організатор гри), умова вважається такою, що настала. І, навпаки, якщо настанню умови недобросовісно сприяла сторона, якій настання умови вигідне (учасник ігор), умова вважається такою, що не настала. Водночас не всі алеаторні договори є різновидами угод, укладених під умовою [4]. Сторонами договору гри зазвичай є організатор гри та учасник гри (гравець). Істотними умовами договору про участь в азартній грі є умови про його предмет (ставку, виграш), а також – про правила гри і суті парі, тобто про зміст умов, що визначають розподіл прав та обов'язків [5, с. 309].

Очевидно, що зобов'язання, які виникають з ігор та парі, мають характер ризику. Однак варто проаналізувати, що собою являє парі та гра. Г.С. Майна переконує, що в науковій літературі стверджується, ніби поняття парі є ширшим за гру. Зокрема, за умовами парі кожна зі сторін зобов'язується в разі правильності твердження іншої сторони щодо настання певної події сплатити на користь другої сторони визначену суму коштів або здійснити іншу дію. Загалом же зобов'язання з гри та парі були відомі ще праву Стародавнього Риму, як уже зазначалося, у якому парі розглядалось як правочин щодо зіткнення протилежних думок із метою закріплення їх правильності та розв'язання спору на користь одного з учасників. Що ж стосується гри, то вона полягає в здійсненні її учасниками сукупності правомірних дій, що призводять до заздалегідь невизначеного результату, залежно від якого виникає право одержати винагороду. Також у юридичній літературі можна натрапити на тезу про те, що гра, як діяльність, здійснювана для спільного проведення часу, зумовлює виграш або програш учасників [6, с. 89].

Розуміння в загальних рисах сутності парі та гри дає змогу говорити про дискусійність щодо одно- чи двостороннього характеру таких договорів. Щодо цього сформувався дві антагоністичні концепції. Прихильники концепції гри та парі як одностороннього правочину зазначають, що зобов'язання з гри або парі виникають на підставі одностороннього правочину, а точніше – системи односторонніх правочинів, які послідовно вчиняються організатором та учасниками гри. Інші вчені не поділяють думки, що правова природа зобов'язань із гри та парі не односторонній правочин, а ґрунтується на підставі визнання цього зобов'язання договором. Така позиція

є традиційною для цивільного права більшості сучасних правопорядків [7, с. 29]. Варто погодитися з усталеною практикою щодо того, що договори, які виникають із парі чи ігор, мають двосторонній характер, тобто праву однієї сторони кореспондується обов'язок іншої.

Попри те, що цілковите отождолення азартних ігор і парі зі словами «ігри та парі» є дещо правильним, однак здебільшого розуміється саме такий різновид діяльності. Особливої уваги заслуговує питання захисту прав сторін парі чи гри, загострилась ця проблема з ухваленням у серпні 2020 року Закону України «Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор», який, крім іншого, надає нам легальне тлумачення азартних ігор і парі. Відповідно до цього Закону: азартна гра – будь-яка гра, умовою участі в якій є внесення гравцем ставки, що дає право на отримання виграшу (призу), імовірність отримання й розмір якого повністю або частково залежать від випадковості, а також знань і майстерності гравця; букмекерське парі – парі, укладене між гравцем (гравцями) та організатором букмекерської діяльності [8]. Однак закон не встановлює якихось механізмів захисту прав осіб, що є учасниками гри або парі, а тому на практиці часто стаються випадки, що довести порушення прав, що виникають із таких зобов'язань, важко або майже неможливо.

Цивільний кодекс України також не містить посилань на особливості договорів, що виникають з ігор чи парі, а питання застосування класичних норм щодо порушення зобов'язань, в аспекті охорони прав учасників парі та ігор, залишається під питанням. Можна говорити про необхідність доповнення Цивільного кодексу України положеннями, що могли б якісно регулювати цей особливий вид зобов'язань, адже фактично законодавством України віднедавня така діяльність є дозволеною.

У цьому питанні варто, безперечно, погодитися з В.С. Скулишем, який стверджує, що суб'єкт підприємницької діяльності, який здійснює діяльність зі створення й утримання ігорних закладів, організації азартних ігор, має забезпечити можливість ознайомлення відвідувачів у зручному для огляду місці з такими документами:

- 1) порядок роботи ігорного закладу (у сучасному розумінні це може бути й сайт, мобільний додаток);
- 2) ліцензія на проведення азартних ігор;
- 3) організація азартних ігор;
- 4) перелік і правила азартних ігор, що пропонуються;
- 5) порядок розгляду претензій і пропозицій щодо якості й обсягу ігор;
- 6) правила виплати призового фонду [9, с. 42].

Варто сказати й про те, ігри й парі повинні бути належним чином оформлені, а договір, який майже ніколи не укладається, повинен містити дані щодо можливих механізмів захисту прав, це слугуватиме своєрідною «подушкою безпеки» для учасників парі чи гри.

Висновки. Отже, проаналізувавши правову природу зобов'язань, що виникають з ігор та парі, можна зробити висновок, що такі зобов'язання є двосторонніми правочинами, тобто праву однієї особи кореспондується обов'язок іншої. Такі договори є алеаторними, тобто такими, що виникають через ризики. Така особлива група зобов'язань у Цивільному кодексі України не передбачена, що є прогалиною, яка потребує заповнення нормами щодо сутності таких договорів, прав та обов'язків сторін, захисту прав сторін, тощо. Питання зобов'язань, що виникають з ігор та парі, загострилось після зняття мораторію на гральний бізнес у 2020 році, відтоді дедалі більшої популярності набувають азартні ігри та парі, а тому безперечно є необхідність більш детального правового регулювання такого особливого виду відносин. Подальші наукові доробки цієї теми є перспективними та необхідними для вироблення доктринальної позиції, що можуть лягти в основу майбутнього правового регулювання дослідженого питання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Великанова М.М. Ризик в алеаторних та мінових договорах. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2018. Вип. 1. Т. 1. С. 52–56.
2. Губарев С.В. Алеаторні договори на сучасному етапі в цивільному праві. *Юридична наука і практика: виклики часу* : матеріали V Міжнародної науково-практичної конференції. Т II, м. Київ, Національний авіаційний університет. 2015. С. 1–7.
3. Логвиненко В.В. Актуальні питання еволюції правового регулювання букмекерської діяльності та договорів азартної гри. *Європейські перспективи*. 2014. № 8. С. 148–155.
4. Цивільний кодекс України від 16 березня 2003 р. № 435-IV. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 27.03.2021).
5. Фавстіна М.В., Гончарова А.В. Азартна гра: цивільно-правова регламентація. *Діяльність органів публічної влади щодо забезпечення стабільності та безпеки суспільства* : матеріали Міжнародної науково-практичної конференції, м. Суми, 21–22 травня 2015 р. 2015. С. 307–310.
6. Майна Г.Є. Співвідношення зобов'язань із публічної обіцянки винагороди, гри та парі. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2021. № 2. С. 88–91.
7. Гончарова А.В., Фавстіна М.В. Правова природа виникнення зобов'язань із гри й парі: теоретичне формулювання та правові колізії. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Право*. 2015. Вип. 31 (2). С. 28–30.
8. Про державне регулювання діяльності щодо організації та проведення азартних ігор : Закон України від 14 липня 2020 р. № 768-IX. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/768-20/conv#n967> (дата звернення: 27.03.2021).
9. Скулиш В.Є. Правопорушення у сфері грального бізнесу як загроза економічній безпеці країни. *Вісник Верховного Суду України*. 2004. № 12. С. 41–44.

ПРАВО НА СВОБОДУ ТА ПРАВО НА ОСОБИСТУ НЕДОТОРКАННІСТЬ У КОНТЕКСТІ НОРМАТИВНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТА ПРЕЦЕДЕНТНОЇ ПРАКТИКИ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

THE RIGHT TO LIBERTY AND PERSONAL INTEGRITY IN THE CONTEXT OF REGULATORY PROVISIONS AND CASE LAW USED BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Майкут Х.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
Львівський державний університет внутрішніх справ

У статті досліджуються особливості забезпечення права на свободу та права на особисту недоторканність за національним законодавством. Підкреслюється важливість зазначених особистих немайнових прав фізичної особи з огляду на їх закріплення в нормативних документах міжнародного рівня.

За твердженням Європейського суду з прав людини право на свободу та особисту недоторканність за змістом Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод має найважливіше значення у демократичному суспільстві.

З'ясовано, що право на свободу є нормативно закріпленою можливістю особи безперешкодно визначати свою поведінку та приймати рішення на власний розсуд з метою задоволення власного інтересу, не порушуючи при цьому свободи інших осіб.

Законодавець в Цивільному кодексі України передбачив низку гарантій здійснення права на особисту свободу, заборонивши будь-які форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу, втягування фізичної особи до вживання спиртних напоїв, наркотичних та психотропних засобів, вчинення інших дій, що порушують право на свободу. Водночас встановлено, що право на свободу не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах та в порядку, визначених законом.

Близьким до права на свободу є право на особисту недоторканність.

Категорія «недоторканність» тлумачиться як стан збереження особи у цілісності, захищеність від будь-якого посягання з боку будь-кого. Право на особисту недоторканність фізичної особи, як її абсолютне особисте немайнове право, у своїй сутності містить основні складові: право на фізичну недоторканність, право на моральну недоторканність, право на психічну недоторканність.

Забезпечення особистого немайнового права фізичної особи на фізичну недоторканність здійснюється шляхом встановлення заборони катувань, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження чи покарання.

При відокремленні катувань від нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання застосовується доктрина «мінімального рівня жорстокості».

Належне забезпечення права фізичної особи на свободу та права на особисту недоторканність виступає передумовою для реалізації фізичними особами інших немайнових та майнових прав, визначає відповідність вітчизняного законодавства міжнародно-правовим стандартам.

Ключові слова: право на особисту свободу, фізична недоторканність, жорстоке поводження, поводження, що принижує гідність, моральна недоторканність, психічна недоторканність, Європейський суд із прав людини.

The article examines the features ensuring the right to liberty and the right to personal integrity under national law. The importance of these personal non-property rights of an individual is emphasized in view of their enshrinement in international regulatory instruments.

According to the European Court of Human Rights, the right to liberty and personal integrity under the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms is of paramount importance in a democratic society.

It was found that the right to liberty constitutes a legally enshrined ability of a person to freely determine their behaviour and make decisions at their own discretion in order to satisfy their own interests, without violating the freedoms of others.

The legislator in the Civil Code of Ukraine provides a number of guarantees for the exercise of the right to personal liberty, prohibiting any form of physical or mental pressure on an individual, dragging of an individual into alcohol, drug and psychotropic substance consumption, other acts violating the right to liberty. At the same time, it is established that the right to liberty is not absolute and may be limited, but only on the grounds and in the manner prescribed by law.

The right to personal integrity is close to the right to liberty.

The category of "integrity" is interpreted as the state of preservation of a person intact, protection from any invasion by anyone. The right to personal integrity of an individual, as their absolute personal non-property right, essentially contains the following main components: the right to physical integrity, the right to moral integrity, the right to mental integrity.

The personal non-property right of an individual to physical integrity is ensured by establishing a prohibition of torture, cruel, inhuman or degrading treatment or punishment.

The doctrine of "minimum level of cruelty" is used to separate torture from inhuman or degrading treatment or punishment.

Proper provision of the right to personal liberty and the right to personal integrity is a prerequisite for the exercise of other non-property and property rights by individuals and determines the compliance of domestic legislation with international legal standards.

Key words: right to personal liberty, physical integrity, cruel treatment, degrading treatment, moral integrity, mental integrity, European Court of Human Rights.

Постановка проблеми. Стаття 29 Конституції України гарантує право кожної людини на свободу й особисту недоторканність [1]. Право на свободу та право на особисту недоторканність в Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) [2] посідають вагомe місце серед особистих немайнових прав фізичної особи, що забезпечують її природне існування.

Важливість права на свободу та права на особисту недоторканність підкреслюється також й тим, що зазначені права знаходять своє закріплення в нормативних документах міжнародного рівня, зокрема в Загальній декларації прав людини 1948 р., Міжнародному пакті про

громадянські та політичні права 1966 р., Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. та в інших загальновизначаних міжнародних документах.

Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ), розглядаючи справи про порушення ст. 5 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, підкреслив, що право на свободу та особисту недоторканність за змістом зазначеної Конвенції має найважливіше значення у демократичному суспільстві [3].

Стан дослідження проблеми. Серед науковців, праці яких присвячені в тому чи іншому аспекті питанням

правового регулювання, сутності, здійснення права на свободу та особисту недоторканність, необхідно виокремити П.М. Рабіновича, С.П. Рабіновича, Р.О. Стефанчука, О.О. Пунду, В.В. Кожана та інших. Водночас варто зауважити, що, незважаючи на вагомий внесок провідних вчених в розвиток наукової думки в зазначеній сфері, проблема забезпечення права на свободу та права на особисту недоторканність не втрачає своєї актуальності.

Метою статті є з'ясування нормативного підґрунтя забезпечення права на свободу та права особисту недоторканність у світлі норм міжнародно-правових актів, вимог національного законодавства, а також прецедентної практики ЄСПЛ.

Виклад основного матеріалу. Для цілісної характеристики права на свободу як особистого немайнового права, що закріплене в ст. 288 ЦК України, спершу звернемось до з'ясування категорії «свобода».

Термін «свобода» відомий світовій філософській та правовій думці з найдавніших часів. Так, ще давньоримський юрист Флорентин вказував, що свобода є природною властивістю кожного робити будь-що, що йому корисно, якщо це не заборонено силою або правом. Це визначення свободи знайшло закріплення у титулі п'ятому (про положення людей) Кодексу Юстиніана [4, с. 229].

Свобода як категорія права – це форма самовизначення суб'єктів права щодо вибору своїх життєвих цілей та засобів їх досягнення [5, с. 49], можливість певної поведінки людини, яка закріплена в Конституції або іншому законодавчому акті [6, с. 543].

У цивільно-правовій доктрині нормативно закріплена можливість особи безперешкодно визначати свою поведінку та приймати рішення на власний розсуд з метою задоволення власного інтересу, не порушуючи при цьому свободи інших осіб окреслюється поняттям «особиста свобода».

Право на особисту свободу – це особисте немайнове право людини (фізичної особи) на самостійний вибір моделі власної поведінки та визначення змісту вчинків, а також право на свободу від обмежень власної волі з метою забезпечення вільного та всебічного розвитку особистості. А відтак, право на особисту свободу – це гарантія захисту не тільки зовнішнього, але і внутрішнього світу людини, свобода формування та здійснення своїх намірів. [4, с. 232].

Законодавець в ЦК України передбачив низку гарантій здійснення права на особисту свободу. Оскільки право на свободу – це можливість фізичної особи діяти вільно, без примусу з боку інших осіб, положення ч. 2 ст. 288 ЦК України забороняє:

– *будь-які форми фізичного чи психічного тиску на фізичну особу* [2]. Заборона будь-яких форм фізичного чи психічного тиску на особу означає, що поведінка особи повинна формуватись лише залежно від її волі в межах, що передбачені чинним законодавством. І ніхто не має права змінювати дану поведінку як внаслідок психічного тиску на людину (наприклад, шляхом погроз, шантажу, обману, гіпнозу тощо), так і внаслідок фізичного тиску (наприклад, шляхом утримування особи силоміць, в тому числі і взяття у заручники тощо) [7, с. 698];

– *втягування фізичної особи до вживання спиртних напоїв, наркотичних та психотропних засобів* [2]. Так, вживання психоактивних речовин (алкоголю, наркотичних засобів, психотропних речовин) здатне викликати залежність від таких речовин та впливає на психофізіологічний стан фізичної особи, що супроводжується психічними, фізіологічними, а також іншими реакціями, які, в свою чергу, можуть обумовлювати придушення волі людини та, як наслідок, посягати на право на свободу.

Перелік дій, які посягають на свободу фізичної особи, не вичерпуються вищенаведеними заборонами. Порушувати право на особисту свободу можуть й інші дії, зокрема, безпідставне затримання особи, безпідставна госпіталіза-

ція особи до закладу з надання психіатричної допомоги в примусовому порядку, інші випадки, які без належної правової підстави порушують право особи на свободу.

Право на свободу не є абсолютним і може бути обмежене, але тільки на підставах та в порядку, які чітко визначені в законі. Так, свого часу Європейський суд з прав людини у справі «Гарькавий проти України» від 18.02.2010 зазначив, що особа не може бути позбавлена або не може позбавлятися свободи, окрім випадків, встановлених у п. 1 ст. 5 Європейської Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та відповідно до процедури, встановленої законом. Цей перелік винятків є вичерпним, і лише вузьке їх тлумачення відповідає цілям цього положення, а саме – гарантувати, що нікого не буде свавільно позбавлено свободи [8].

У контексті зазначеного варто зауважити, що п. 1 ст. 5 вказаної Конвенції визначає вичерпний перелік випадків, за яких дозволяється арешт і затримання, причому таке затримання неодмінно має бути законним і провадитися з дотриманням належної правової процедури.

Гарантії особистої свободи передбачені й на національному рівні. Зокрема, ч. 1 ст. 29 Конституції України забороняє арешт або тримання особи під вартою інакше як за вмотивованим рішенням суду і тільки на підставах та в порядку, встановлених законом [1]. Забезпечення права на свободу від незаконного затримання, тримання від вартою, обмеження у здійсненні права на вільне пересування в інший спосіб здійснюється в рамках кримінального процесуального законодавства України.

Близьким до права на свободу за своєю суттю та змістом є право на особисту недоторканність (ст. 289 ЦК України), яке також включено до групи особистих немайнових прав, що забезпечують природне існування фізичної особи.

Про тісний зв'язок та взаємопов'язаність зазначених особистих немайнових прав свідчить той факт, що в юридичній науці досить часто взагалі заперечують самостійність права на свободу як суб'єктивного права, вважаючи, що дане право може йти лише у сукупності із правом на недоторканність, а поняття «свобода» і «особиста недоторканність» є складовими одного права на свободу й особисту недоторканність. Окрім того, у нормативно-правових актах регулювання права на свободу та права на особисту недоторканність здійснюється здебільшого в межах однієї статті (ст. 3 Загальної декларації прав людини, ст. 9 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, ст. 29 Конституції України).

У ЦК України регулювання права на свободу та права на особисту недоторканність здійснюється окремими законодавчими нормами, що вказує на деяку їх самостійність в системі особистих немайнових прав. Разом з тим, зазначені права є синергетичними та закріплюють різні аспекти свободи у філософському розумінні: право на свободу – позитивний, а право на особисту недоторканність – негативний [9, с. 171].

Недоторканність людини, нарівні із іншими особистими немайновими благами (життям, здоров'ям, честю, гідністю, безпекою) віднесена до найвищих соціальних цінностей, що мають відповідний пріоритет в державі.

За вузького тлумачення недоторканність особи пов'язується із свободою від свавільних арештів. У такому розумінні зазначене право вживається в тексті Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, Міжнародного пакту про громадянські та політичні права, Конституції України.

Водночас, як слушно зазначається в правовій доктрині, недоторканність особи полягає в захисті людини не тільки від незаконних та необґрунтованих арештів і затримань, але й взагалі від усіляких неправомірних посягань на її свободу, життя, здоров'я, майно, честь та гідність. Недоторканність особи – це забезпечення усіх виявів свободи за умови її правомірної поведінки [9, с. 173].

Відтак категорія «недоторканність» тлумачиться як стан збереження у цілісності, захищеності від будь-якого посягання з боку будь-кого. Що ж охоплюється такою «особистою недоторканністю»? Якщо виходити зі змісту визначених у законодавстві елементів цього особистого немайнового права та з урахуванням місця розташування його у системі немайнових прав, то під правом на особисту недоторканність пропонується розуміти право на тілесну (фізичну) недоторканність. Але цілком ясно, що лише цим недоторканність особи не вичерпується [4, с. 171].

Крім права на фізичну недоторканність, право на особисту недоторканність фізичної особи, як її особисте немайнове право, у своїй сутності містить й інші основні складові: право на моральну недоторканність, право на психічну недоторканність.

Право на фізичну недоторканність особи – це право на гарантовану законом заборону посягання на життя, здоров'я, статеvu свободу фізичної особи. Як зазначає Л.В. Красицька, зміст зазначеного особистого немайнового права складає заборона посягання на людину загалом, незалежно від форми впливу, за винятком випадків, прямо передбачених законодавством, або коли можливість посягання випливає із обставин і здійснюється в інтересах самої особи [10, с. 131]. Враховуючи наведене, посяганням на фізичну недоторканність вважатиметься здійснення будь-якої поведінки, яка спрямована на заподіяння фізичній особі тілесних ушкоджень, каліцтва або іншого застосування щодо неї фізичної сили, застосування медичних методів діагностики, профілактики, лікування без інформованої згоди фізичної особи, примусове взяття донорської крові, органів та інших анатомічних матеріалів і т.п.

Отже, фізична недоторканність особи забезпечується не лише реалізацією, передбаченою у ст. 289 ЦК України права на особисту недоторканність, але й здійсненням низки інших особистих немайнових прав, зокрема, права на життя, права на охорону здоров'я, права на медичну допомогу, права на донорство тощо.

Забезпечення особистого немайнового права фізичної особи на фізичну недоторканність здійснюється шляхом встановлення заборони катувань, жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність особи, поводження чи покарання (ч. 2 ст. 289 ЦК України) [2].

Норма щодо абсолютної заборони катування знайшла своє закріплення в усіх основних міжнародних документах, визнаних світовим співтовариством. Зокрема, у Загальній декларації з прав людини, Європейській Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод право заборони катування посіло своє важливе місце серед основних та абсолютно непорушних цінностей демократичного суспільства. Про абсолютність заборони катування також підкреслює ЄСПЛ, зазначаючи, що навіть найбільш скрутні обставини, якими є боротьба проти організованого тероризму або злочинності, не можуть слугувати виправданням катуванню чи нелюдському, або такому, що принижує гідність, поводженню чи покаранню [11, с. 14].

Згідно зі ст. 1 Декларації про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1975 р. катування є обтяжуючим і навмисним видом жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання [12].

Водночас, відповідно до ст. 1 Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання 1984 р. під поняттям «катування» слід розуміти будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюється сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа, у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або

третю особу з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. В цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково [13].

Так, згідно з прецедентною практикою ЄСПЛ критеріям катування відповідало, зокрема, так зване, «палестинське підвішування», звалтування під час тримання під вартою, застосування до особи електричного шоку [11, с. 22–23].

Варто зауважити, що Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання не пропонує визначення поняття «інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання», однак в ст. 16 зазначає, що кожна держава-сторона зазначеної Конвенції зобов'язується запобігати на будь-якій території, що перебуває під її юрисдикцією, іншим актам жорстокого, нелюдського і такого, що принижує гідність, поводження й покарання, що не підпадають під визначення катування, коли такі акти здійснюються державними чи посадовими особами або іншими особами, що виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи з їх мовчазної згоди [13].

Жорстоке, інше нелюдське поводження можна охарактеризувати як поводження, що спричиняє важкі фізичні чи психічні (моральні) страждання; відрізняється від катувань, перш за все, мірою інтенсивності страждань, не обов'язково, але може бути навмисним [11, с. 24].

При відокремленні катувань від нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання застосовується доктрина «мінімального рівня жорстокості». А відтак розмежування видів поганого поводження перш за все залежить від рівня жорстокості [14, с. 63–65].

Поводження визнається нелюдським при досягненні мінімального рівня жорстокості. Водночас оцінка цього мінімального рівня є відносною: вона залежить від усіх обставин справи, таких як тривалість такого поводження, його фізичні та психічні наслідки, а також у деяких випадках стать, вік та стан здоров'я потерпілої особи. Нелюдським можна вважати й таке поводження, якщо воно було умисним, застосовувалося впродовж кількох годин поспіль і призводило або до справжніх тілесних ушкоджень, або до гострих фізичних чи душевних страждань [15].

Прецедентна практика ЄСПЛ свідчить про той факт, що в окремих випадках навіть погроза застосування забороненого статтею 3 ЄКПЛ поводження, якщо вона достатньо реальна, також може бути визнана як порушення статті 3 Конвенції і становити нелюдське поводження [11, с. 25].

У рішенні ЄСПЛ у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства» вперше було визначено поняття «поводження, що принижує гідність» як поведінка, яка викликала почуття страху та неповноцінності, а також страждання, здатні принизити та образити людську гідність, і, ймовірно, зруйнувати їхню психіку та моральну стійкість. До таких дій було віднесено примушення стояти біля стіни упродовж тривалого часу в надзвичайно незручному положенні; примушування підозрюваного надягати під час допиту на голову пакет; мучення шумом; позбавлення сну і необхідної їжі та пиття [16].

Отже, поводження чи покарання, що принижують людську гідність, є, умовно кажучи, «найменш жорстоким» видом поводження, забороненого ст. 3 Конвенції [14, с. 66].

Так, ЄСПЛ, визнавши порушення ст. 3 Конвенції і кваліфікував поведінку як таку, що принижує людську гідність у зв'язку з умовами тримання заявника під вартою у дні

проведення судових засідань та з огляду на розміщення заявника до металеві клітки під час судового розгляду [17], неналежними умови тримання під вартою [18], застосуванням до потерпілого наручників у випадках, диспропорційних вимогам безпеки [19].

Наведені та інші приклади підкреслюють необхідність розглядати як порушення особистої недоторканності будь-який вплив або контакт, що, з погляду особи, є небажаним, і при цьому зовсім не обов'язково, щоб подібні дії були пов'язані з завданням фізичного болю. Будь-які хвилювання, стреси, відчуття відрази, що викликаються небажаним контактом або впливом оточуючого середовища, необхідно розглядати як порушення особистої недоторканності [4, с. 66].

Частина 3 ст. 289 ЦК України передбачає як гарантію фізичної недоторканності – заборону фізичного покарання батьками (усиновлювачами), опікунами, піклувальниками, вихователями малолітніх, неповнолітніх дітей та підопічних. Законодавчий припис аналогічного змісту віднаходить своє місце і в ч. 7 ст. 150 Сімейного кодексу України, відповідно до якої забороняються як фізичні покарання дитини батьками, так і застосування ними інших видів покарань, які принижують людську гідність дитини [20].

Зазначений підхід законодавця відповідає положенню ст. 10 Закону України «Про охорону дитинства», яке гарантує кожній дитині право на свободу, особисту недоторканність та захист гідності та зазначає, що дисципліна і порядок у сім'ї, навчальних та інших дитячих закладах мають забезпечуватися на принципах, що ґрунтуються на взаємоповазі, справедливості і виключають приниження честі та гідності дитини [21].

Будь-яке посягання на особисту недоторканність дитини, включаючи жорстоке поводження з дитиною, вважається протизаконним. Відповідно до ч. 1 ст. 1 Закону України «Про охорону дитинства» жорстоким поводженням з дитиною вважаються будь-які форми фізичного, психологічного, сексуального або економічного насильства над дитиною, в тому числі і домашнього насильства, а також будь-які незаконні угоди стосовно дитини, зокрема вербування, переміщення, переховування, передача або одержання дитини, вчинені з метою експлуатації, з використанням обману, шантажу чи уразливого стану дитини [21].

Інший складник права фізичної особи на особисту недоторканність – право на моральну недоторканність.

Під поняттям моральної недоторканності слід розуміти можливість фізичної особи формувати власну моральність на ґрунті загальноприйнятих моральних засад суспільства, а також вимагати від усіх та кожного не порушувати складеної у свідомості системи моральних пріоритетів та устоїв. [22, с. 390]. Моральна недоторканність фізичної особи забезпечується неможливістю посягати на честь, гідність, моральну свободу [7, с. 701].

Свого роду гарантією моральної недоторканності фізичної особи можуть слугувати з-поміж іншого положення Закону України «Про захист суспільної моралі» [23], що встановлює правові основи захисту суспільства від розповсюдження продукції порнографічного, еротичного характеру, продукції, що містить елементи насильства та жорстокості, іншої продукції, що негативно впливає на суспільну мораль.

Право на психічну недоторканність фізичної особи є не менш важливим елементом права на її особисту недоторканність.

Психічна недоторканність – це недоторканність психіки людини як живої істоти [4, с. 194]. Психічна недотор-

канність особи є елементом психічного здоров'я особи, адже лише усвідомлення власної психічної недоторканності уможливило стан психічного благополуччя; психіка ж, як і тіло під час посягання на фізичне здоров'я, є фактично специфічною «мішенню», через яку здійснюється посягання на психічне здоров'я [24, с. 653].

Право на психічну недоторканність – право людини на забезпечення недоторканності природного протікання психічних (інтелектуальних, вольових та емоційних) процесів від негативних протиправних впливів з боку інших осіб [25].

Забезпечення права на психічну недоторканність відіграє важливе значення в умовах поширення сучасних способів впливу на психіку людини задля досягнення тієї чи іншої мети. Одним з таких способів є використання гіпнозу як цілеспрямованого словесно-звукового впливу на психіку фізичної особи. Застосування гіпнозу покликане слугувати здебільшого лікарським цілям, оскільки допомагає вирішити багато психологічних проблем, які пов'язані з психосоматичними захворюваннями, різного роду залежностями, фобіями тощо.

На психічну недоторканність можуть впливати і застосування інших способів впливу на людську психіку, серед яких є застосування методів біоенергетики, 25-го кадру, низькочастотних звуків (нижче 16 коливань за секунду), які можуть завдати непоправної руйнації організму, використання «детектора брехні» (поліграфа), інших засобів інструментальної діагностики емоційної напруги тощо [22, с. 388–389].

За своєю специфікою психіатрія в усьому світі вважається зоною високого ризику порушення прав людини. З огляду на зазначене, а також з метою запобігання шкоди здоров'ю населення, законодавець в ч. 3 ст. 32 Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я» закріпив норму, згідно з якою, застосування гіпнозу, навіювання, інших методів психологічного і психотерапевтичного впливу дозволяється лише у місцях та в порядку, встановлених центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування державної політики у сфері охорони здоров'я [26].

Таким чином, право на особисту недоторканність є одним із невід'ємних прав фізичної особи, яке виключає незаконний вплив, як у фізичному, так і в психологічному плані. При цьому поняття «фізичної недоторканності» охоплює не тільки прижиттєвий період існування, але і створює передумови для правової охорони тіла померлої людини [27, с. 45]. Зокрема, фізична особа, реалізуючи своє право на особисту недоторканність, згідно з положенням ч. 4 ст. 289 ЦК України, має право розпорядитися щодо передачі після її смерті органів та інших анатомічних матеріалів її тіла науковим, медичним або навчальним закладам. Зазначене право може бути здійснено повнолітньою дієздатною фізичною особою (ч. 6 ст. 6 Закону України «Про поховання та похоронну справу» [28]).

Висновки. Питання здійснення і забезпечення права на свободу та права на особисту недоторканність як особистих немайнових прав фізичної особи є на сьогоднішній день надзвичайно актуальним. Право фізичної особи на свободу та право на особисту недоторканність нормативно закріплені і гарантуються як вітчизняним законодавством, так і міжнародно-правовими нормами. Належне забезпечення зазначених прав виступає передумовою для реалізації фізичними особами інших немайнових, а також майнових прав, визначає відповідність національного законодавства міжнародно-правовим стандартам.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996 № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Цивільний кодекс України від 16.01.2003 № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
3. Рішення ЄСПЛ від 18.06.1971 у справі «Де Вільде (De Wilde), Оомс (Oovs) і Версип (Versyp) проти Бельгії». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_161?find=1&text=%D0%BE%D0%B1%D1%89%D0%B5%D1%81%D1%82#w1_1.

4. Пунда О.О. Адміністративно-правове регулювання забезпечення здійснення особистих немайнових прав : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07 / Університет державної фіскальної служби України, Ірпінь, 2018. 472 с.
5. Донченко О. П. Свобода як категорія права (герменевтичний аспект). *Актуальні проблеми держави і права*. 2009. № 50. С. 45–50.
6. Шемчушенко Ю. С. Великий енциклопедичний юридичний словник. К. : Юрид. думка, 2007. 990 с.
7. Цивільний кодекс України: Науково-практичний коментар (пояснення, тлумачення, рекомендації з використанням позицій вищих судових інстанцій, Міністерства юстиції, науковців, фахівців). Т.4: Об'єкти. Правочини. Представництво. Строки / За ред. проф. І.В. Спасько-Фатеевої. Серія «Коментарі та аналітика». Х.: ФО-П Колісник А.А., 2010. 768 с.
8. Рішення ЄСПЛ від 18.02.2010 у справі «Гарькавий проти України» (Заява № 25978/07). URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/974_544.
9. Кожан В.В. Особисті права та свободи людини : загальнотеоретичне дослідження : дис. канд. юрид. наук : 12.00.01. Львів, 2016. 229 с.
10. Красицька Л.В. Цивільно-правове регулювання особистих немайнових прав громадян : монографія. Донецьк : Донецький інститут внутрішніх справ МВС України, 2002. 164 с.
11. Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікян А., Пошва Б.М., Фулей Т.І., Шукліна Н.Г. Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності : науково-практичний посібник для суддів / За заг. ред. проф. Маляренка В.Т. К.: «К.І.С.», 2011. 320 с.
12. Декларація про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання від 09.12.1975. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_084#Text.
13. Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність видів поводження і покарання від 10.12.1984. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_085#Text.
14. Орлова О.О. Катування, нелюдське та таке поводження чи покарання, що принижують людську гідність: розмежування понять. *Науковий вісник ДДУВС*. 2017. № 3. С. 63–65.
15. Рішення ЄСПЛ від 06.12.2007 у справі «Козинець проти України» (Заява № 75520/01). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_334#Text.
16. Judgment of ECHR by 18.01.1978 in the Case of Ireland v. The United Kingdom (application no. 5310/71). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57506>.
17. Рішення ЄСПЛ від 11.06. 2015 у справі «Луценко проти України» (№ 2) (Заява № 29334/11). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a81#Text
18. Рішення ЄСПЛ від 08.11.2018 у справі «Гармаш проти України» (Заява № 74163/13). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_c91#Text.
19. Рішення ЄСПЛ від 17.01.2013 у справі «Сізарев проти України» (Заява № 17116/04). URL: <https://court.gov.ua/sud2590/2536/233223/686>.
20. Сімейний кодекс України від 10.01.2002 № 2947-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2947-14#Text>.
21. Про охорону дитинства : Закон України від 26.04.2001 № 2402-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2402-14#Text>.
22. Стефанчук Р.О. Особисті немайнові права фізичних осіб (поняття, зміст, система, особливості здійснення та захисту) : монографія. К. : КНТ, 2007. 626 с.
23. Про захист суспільної моралі : Закон України від 20.11.2003 № 1296-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1296-15#Text>.
24. Дімітров М.К. Об'єкт кримінально каранної погрози: ревізія поглядів. *Young Scientist*. 2018. № 10 (62). С. 653–658.
25. Храмов О.М. Щодо психічної недоторканості як об'єкта кримінально-правової охорони. URL: <http://ekhnur.univer.kharkov.ua/bitstream/123456789/15060/2/%D0%A2%D0%B5%D0%B7%D0%B8%20%D0%A5%D1%80.pdf>.
26. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text>.
27. Болдіжар С.О., Пішта В.І. Право особи розпоряджатись органами та іншими анатомічними матеріалами в контексті реалізації права на особисту недоторканність. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія ПРАВО*. 2017. Випуск 45. Том 1. С. 44–47.
28. Про поховання та похоронну справу : Закон України від 10.07.2003 № 1102-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1102-15#Text>.

СУТНІСТЬ ПРЕДСТАВНИЦТВА ТА РОЛЬ АДВОКАТА В ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

THE ESSENCE OF THE REPRESENTATION AND THE ROLE OF THE LAWYER IN CIVIL PROCEDURE

Маленко В.В., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено питанням сутності представництва в цивільному процесі як однієї з важливих проблем науки цивільного процесуального права. Необхідність дослідження полягає у важливості вдосконалення практичної діяльності представників та самого адвоката під час участі у судових процесах. Автором звернено увагу на актуальність проблематики, яка полягає в тому, що суспільство потребує від адвокатів дотримання принципу професіоналізму з метою якісного захисту в суді.

У роботі звернуто увагу на історичне походження та значення поняття представництва, функції та правове становище адвоката, правила дотримання адвокатської етики.

У статті проаналізовано наукові погляди провідних вітчизняних учених у галузі цивільного процесуального права, метою досліджень яких були вивчення ролі адвоката в цивільному процесі, його права та обов'язки.

У науковій статті наголошується, що саме представництво в суді несе в собі самостійний процесуальний інститут. Представники виконують свої обов'язки відповідно до встановленого договору та виконують дві функції: правозахисну та представницьку. Саме об'єктом правовідносин між судом і представником є охорона та захист порушених прав, свобод та інтересів юридичних або фізичних осіб або держави в цивільному процесі. Новий ЦПК України та судова реформа створили монополію на представництво адвоката в суді. Це явище можна розглядати з багатьох сторін. Але з іншого боку – дуже часто виникає проблематика застосування представником іншої особи, крім адвоката.

У науковій статті стверджується, що з метою поліпшення діяльності адвоката потрібно підвищити правову свідомість населення щодо необхідності існування висококваліфікованих представників, інтегрувати міжнародні стандарти та принципи у вітчизняне законодавство, розробити досконалу матеріально-технічну базу задля підготовки компетентних кадрів у представницькій сфері, а за несвоечасну та неякісну підготовку притягувати до юридичної відповідальності, організувати проходження регулярної практики за кордоном за державні кошти та надавати права щодо участі в ухваленні законів, які стосуються прав людини та громадянина.

Ключові слова: представництво, цивільний процес, адвокат, судочинство.

The article is devoted to the essence of representation in civil proceedings as one of the important problems of the science of civil procedural law. The need for research is the importance of improving the practice of representatives and the lawyer during the participation in court proceedings. The author draws attention to the relevance of the issue that society requires lawyers to keep a principle of professionalism in order to provide quality protection in court.

In the work, it is drawn attention to the historical origin and definition of the concept of representation, functions, a legal position of lawyer, the rules of providing legal ethics.

The article analyzes scientific views of leading native scientists in the field of civil procedural law, the purpose of the research was the role of a lawyer in civil proceedings, his rights and responsibilities.

The scientific article emphasizes that the representation in the court has an independent procedural institution. Representatives perform their duties in accordance with the established agreement and perform two functions: human rights and representation. The object of legal relations between the court and the representative is the protection and defense of violated rights, freedoms and interests of judicial and physical persons or the state in civil proceedings. The new Civil Procedural Code of Ukraine and judicial reform have created a monopoly on the representation of a lawyer in the court. This phenomenon can be considered from different hands. But on the other hand – very often there is a problem for other people to be a representative, except the lawyer.

The scientific article states that in order to improve the lawyers activity it is necessary to increase the legal awareness of the population about the need for highly qualified representatives, integrate international standards and principles into native legislation, develop a thorough material and technical base for training competent staff in the field of representation, and to bring to legal responsibility for untimely and low-quality training, to organize regular practice abroad at the expense of state funds and to provide the rights to participate in the adoption of laws concerning human and civil rights.

Key words: representation; civil proceedings; lawyer; proceedings.

Постановка проблеми. Україна стоїть на шляху розвитку національного законодавства, яке намагаються тісно пов'язати разом із європейським. Законодавство про адвокатуру не є винятком, тому актуальність статті полягає в тому, що українське суспільство потребує професійного та якісного захисту в суді, а це означає, що великого значення набуває дослідження поняття представництва, його історичний розвиток, зміст і реалізація цивільної правосуб'єктності адвоката, його правовий статус, права та обов'язки.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед учених, які досліджували окремі аспекти суті представництва та ролі адвоката в цивільному процесі, можна зазначити праці О.В. Гетманцева, К.В. Гусарова, О.В. Петришина, Є.С. Севєрової, П.В. Хотенець, М.В. Шпака, В.В. Комарова та ін.

Мета статті. Автор наукової статті має на меті здійснити узагальнення, а також провести аналіз правової при-

роди представництва та поняття адвоката, суб'єктивних прав та юридичних обов'язків адвоката, його ролі та функцій у цивільному судочинстві.

Виклад основного матеріалу. Згідно зі статтею 59 Конституції України кожен має право на професійну правничу допомогу [1]. Тому в цивільному процесі використовується поняття «представництво».

Використання цього терміна зазначається в тексті частини 1 статті 58 Цивільного процесуального кодексу України, а саме: особа може особисто або через представника звертатися до суду [2]. Узагалі зазнало великих змін нормативне закріплення цього інституту, а тому визначення дефініції професійного представництва набуває дедалі більшої актуальності.

Історія розвитку представництва розпочинається ще за часів Великого князівства Литовського і набуває широкого значення вже в XIX–XX століттях. Як до моменту

створення Української Народної Республіки, так і після цього деякий час законодавство на території України стосовно такого питання закріплювалося в Судових статутах. З цього робимо висновок, що це один із нормативно-правових актів, який відіграв значну роль у регулюванні діяльності представників у судах. У кінці ХХ століття ухвалюється профільний Закон України «Про адвокатуру», який більш широко розкриває поняття, функції, обов'язки адвоката як представника в цивільному процесі.

Законодавець визначає дві основних функції адвоката: правозахисту та представництва.

Правозахисна функція визначається тим, що спрямована на забезпечення захисту прав і свобод, які гарантовані державою. Захист інтересів фізичних та юридичних осіб – підстава для подальшого втілення та розвитку демократії, справедливості, рівності та свободи. Функція представництва полягає в тому, що він вчиняє всі процесуальні дії від імені іншої особи, яку представляє, тобто представник має повні процесуальні права.

П.В. Хотенець вважає, що під статусом адвоката можна вважати сукупність прав та обов'язків, гарантії та відповідальність за діяльність [3, с. 12]. У правовому середовищі є проблемні питання стосовно притягнення до дисциплінарної відповідальності адвоката, щодо отримання відповідного стажу, який нині є одним із критеріїв на заняття адвокатською діяльністю.

Останнє десятиліття Україна стоїть на шляху до вступу до Європейського Союзу. На жаль, сьогодні вітчизняне законодавство не може повною мірою відповідати сучасним нормам міжнародного права, тому законодавчий орган має переглядати норми, які є застарілими, та адаптувати їх під сьогоднішній день.

Нині в Україні як пройшла судова реформа, так і відбулося впровадження міжнародних норм права в національне законодавство, що значно поліпшило регулювання діяльності адвокатів. Є велика кількість актів, які регулюють як професійну діяльність, так і повсякденну.

Цікаво, що Г.О. Світлична під час аналізу діяльності Європейського суду із справ людини звертає увагу на те, що застосування підпункту «с» пункту 3 статті 6 ЄКПЛ не обмежується тільки сферою кримінального судочинства [4, с. 41]. Згоден із думкою науковця, бо право на безоплатну правову допомогу є критерієм доступності правосуддя та дотримання принципу справедливого суду. Саме держава повинна надавати таку допомогу через складність цивільного процесу та через необхідність доступу до правосуддя.

В Україні сутність адвокатської діяльності полягає у здійсненні представництва, захисту або надання інших видів правової допомоги. Така діяльність є обов'язково незалежною. У пункті 1 частини 1 статті 1 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» адвокатом є фізична особа, що здійснює адвокатську діяльність на підставах і в порядку, які передбачені цим Законом [5]. Варто зазначити, що є стандарти професійної діяльності адвоката [6].

Справедливо М.В. Шпак зазначає етапи, у яких адвокат бере участь, а саме під час оголошення позову та відкриття провадження у справі; у підготовчому провадженні; на стадії розгляду справи по суті; під час інстанційного перегляду [7, с. 5].

Я погоджуюся з таким переліком, адже звичайна особа, яка є учасником судового процесу, не завжди має достатньої кваліфікації, знань і навичок, щоб керувати власними діями відповідно до вимог закону. Саме з цієї метою й існує професійне представництво.

Звичайно, що під час судового процесу будь-яка особа повинна дотримуватися встановлених правил поведінки. Тому адвокат не є винятком. Є певні стандарти професійної діяльності адвоката, а саме належна повага до учасників судового процесу, адвокат повинен діяти тільки в інтересах особи, яку представляє, дотримуватися етичних правил та етичної поведінки, дотримуватися

принципів законності та верховенства права. Як указує Т.Б. Вільчик, під час аналізу законодавства, недотримання розпоряджень головуючого, професійного представника можуть притягнути до відповідальності [8, с. 260]. На жаль, термін «неповага до суду» не закріплено на законодавчому рівні, тому судді на власний розсуд трактують його та інколи можуть зловживати своїм становищем.

Велика кількість науковців характеризує діяльність адвоката з різних кутів зору. М.В. Шпак надає чітку аргументацію, що дає змогу зрозуміти вимоги до адвоката в цивільному процесі. Серед аргументів, які він наводить, є кваліфікованість особи, юридична майстерність у галузі цивільного процесуального законодавства, моральна, психологічна та юридична підготовка адвоката, належність до адвокатської професії [9, с. 132–133].

В іншій науковій праці М.В. Шпак наголошує, що принципу професіоналізму діяльності адвоката в цивільному процесі притаманні такі особливості:

- 1) наявність в особи, що надає правову допомогу, правового статусу адвоката;
- 2) глибока юридична обізнаність адвоката в галузі цивільного процесуального права;
- 3) прихильність до сумлінного виконання адвокатом покладених на нього обов'язків під час надання правової допомоги у формі процесуального представництва в цивільному процесі;
- 4) досконале володіння інструментарієм правозастосування цивільного процесуального законодавства, що є необхідним для ефективності та результативності діяльності адвоката [10, с. 216].

Для зрозуміння місця та статусу адвоката й адвокатури в суспільстві потрібно звернути увагу на співпрацю з державними органами, бо адвокат має можливість виступати захисником як посадових осіб місцевого самоврядування, так і державних органів з одного боку, а з іншого – громадянського суспільства. Саме суть адвоката полягає в тому, що він є невіддільною частиною судового процесу та судової системи взагалі, оскільки поділ влади є за наявності незалежної адвокатури.

Незалежність адвокатури є гарантом поєднання продуктивної діяльності держави та цього інституту. Взаємодія діяльності державних органів із адвокатськими об'єднаннями потрібна для того, щоб підняти на новий рівень освіченість громадянського суспільства, підняти рівень довіри до судових органів і судових процесів загалом. Із цієї метою законодавчий орган повинен імплементувати у вітчизняне право міжнародні стандарти та узгаляти позитивну практику діяльності адвокатури.

Висновки. Отже, саме представництво в суді несе в собі самостійний процесуальний інститут. Представники виконують свої обов'язки відповідно до встановленого договору та виконують дві функції: правозахисну та представництва. Саме об'єктом правовідносин між судом і представником є охорона та захист порушених прав, свобод та інтересів юридичних або фізичних осіб чи держави в цивільному процесі. Новий ЦПК України та судова реформа створили монополію на представництво адвоката в суді. Це явище можна розглядати з багатьох сторін. Але з іншого боку – дуже часто виникає проблематика застосування представником іншої особи, крім адвоката.

На нашу думку, з метою поліпшення діяльності адвоката потрібно підвищити правову свідомість населення щодо необхідності існування висококваліфікованих представників, інтегрувати міжнародні стандарти та принципи у вітчизняне законодавство, розробити досконалу матеріально-технічну базу задля підготовки компетентних кадрів у представницькій сфері, а за несвоєчасну та неякісну підготовку притягувати до юридичної відповідальності, організувати проходження регулярної практики за кордоном за державні кошти та надавати права щодо участі в ухваленні законів, які стосуються прав людини й громадянина.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>.
3. Хотенець П.В. Правовий статус адвоката в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук.; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. Харків, 2002. 24 с.
4. Світлична Г.О. Представництво у цивільному судочинстві: сучасний стан та перспективи вдосконалення правового регулювання. *Вісник Верховного Суду України*. № 12. 2012. С. 38–45. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/10327/1/Svetlichnaya_38-45.pdf.
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17>.
6. Правила адвокатської етики. Затверджені Звітно-виборним з'їздом адвокатів України 9 червня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17#Text>.
7. Шпак М.В. Професійне представництво адвоката у цивільному процесі : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Харків, 2018. 20 с.
8. Вільчик Т.Б. Комунікація суддів та адвокатів: міжнародні стандарти та практика України. *Сучасні виклики та актуальні проблеми судової реформи в Україні* : матеріали II Міжнар. наук.-практ. конф., м. Чернівці, 18–19 жовтня 2018 р. Чернівці, 2018. С. 259–262. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/15641/1/Vilchuk_259-262.pdf.
9. Шпак М.В. Теоретичні засади професійного представництва адвоката у цивільному процесі. *Цивільний процес на зламі століть* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 50-річчю заснування каф. цив. процесу, м. Харків, 20–21 жовтня 2016 р. Харків, 2016. С. 131–133.
10. Шпак М.В. Принцип професіоналізму як засада надання кваліфікованої правової допомоги адвокатом у цивільному процесі. *Вісник Національної академії правових наук України*. Харків, 2017. № 1 (88). С. 211–219.

ОКРЕМІ ПРОБЛЕМИ СІМЕЙНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО НЕДІЙСНОСТІ ШЛЮБУ

SOME PROBLEMS OF FAMILY LAW REGARDING THE INVALIDITY OF MARRIAGE

Мартинюк О.В., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права і процесу
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Довгань Б.В., студентка II курсу
юридичного факультету
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Захарчук Д.О., студент II курсу
юридичного факультету
Донецький національний університет імені Василя Стуса

Статтю присвячено висвітленню однієї з актуальних проблем сімейного права і законодавства – питанню щодо підстав визнання недійсності шлюбу. Визначено основні підстави визнання шлюбу недійсним згідно Глави 5 «Недійсність шлюбу» Сімейного кодексу України. Досліджено та виявлено деякі колізії та прогалини чинного сімейного законодавства, а також розроблено пропозиції щодо їх усунення шляхом удосконалення певних положень.

Акцентовується увага на відсутності дефініції «недійсності шлюбу», запропонована авторська інтерпретація, а також аргументована необхідність його законодавчого закріплення у нормах Сімейного кодексу України. Під недійсність шлюбу може розумітися шлюб, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану із порушенням вимог, встановлених статтями 22, 24-26, ч. 1 ст. 30 Сімейного кодексу України.

Охарактеризовано статті 38-41 Сімейного кодексу України та статті, пов'язані з ними, і запропоновано внести відповідні зміни згідно із загальними тенденціями розвитку суспільних відносин в Україні.

У статті проведено аналіз міжнародних стандартів регулювання множинності та дійсності шлюбу, а також висунуто гіпотезу щодо створення міжнародного реєстру шлюбів із «іноземним елементом». Проаналізовано та враховано судову практику щодо недійсності шлюбу, вивчено позиції Верховного Суду. Одночасно узагальнені доктринальні твердження фахівців у галузі сімейного права, їх розуміння та тлумачення недійсності шлюбу, а також пропозиції щодо розширення кола умов, що дають підстави вважати шлюб недійсним.

Запропоновано зміни до деяких статей Сімейного кодексу України, а саме: п. 3 ч. 1 ст. 41 через невідповідність ч. 5 ст. 30 (в питанні приховування відомостей про стан здоров'я одним з наречених); ст. 38 (необхідність доповнення посиланням на ч. 1 ст. 30 (в питанні зобов'язання наречених повідомити один одного про стан свого здоров'я) та норму, що стосується фіктивності шлюбу) тощо.

Ключові слова: шлюб, недійсність шлюбу, підстави недійсності шлюбу, Сімейний кодекс України.

The article is devoted to the coverage of one of the current problems of family law and legislation - the question of the grounds for recognizing the invalidity of marriage. The main grounds for declaring a marriage invalid according to Chapter 5 "Invalidity of marriage" of the Family Code of Ukraine are determined. Some conflicts and gaps in the current family legislation have been researched and identified, as well as proposals for their elimination by improving certain provisions have been developed.

Emphasis is placed on the absence of a definition of "invalidity of marriage", the author's interpretation is proposed, as well as the need for its legislative enshrinement in the norms of the Family Code of Ukraine. The invalidity of the marriage can be understood as a marriage registered in the state body for registration of acts of civil status in violation of the requirements established by Articles 22, 24-26, Part 1 of Art. 30 of the Family Code of Ukraine.

Articles 38-41 of the Family Code of Ukraine and related articles are described, and it is proposed to make appropriate changes in accordance with the general trends in the development of public relations in Ukraine.

The article analyzes the international standards for regulating the plurality and validity of marriage, as well as hypothesizes the creation of an international register of marriages with a "foreign element". Judicial practice on the invalidity of marriage is analyzed and taken into account, the positions of the Supreme Court are studied. At the same time, the doctrinal statements of specialists in the field of family law, their understanding and interpretation of the invalidity of marriage, as well as proposals to expand the range of conditions that give grounds to consider a marriage invalid are generalized.

Amendments to some articles of the Family Code of Ukraine are proposed, namely: item 3 part 1 of Art. 41 due to inconsistency of part 5 of Art. 30 (regarding the concealment of health information by one of the brides); Art. 38 (the need to supplement the reference to Part 1 of Article 30 (on the obligation of brides to inform each other about the state of their health) and the norm concerning the fictitiousness of marriage), etc.

Key words: marriage, invalidity of marriage, grounds for invalidity of marriage, Family Code of Ukraine.

Постановка проблеми. Інститут шлюбу є одним з фундаментальних інститутів сімейного права, а дотримання визначених законом вимог щодо укладення шлюбу буде визначати умови його дійсності у майбутньому. Відтак чітке визначення підстав недійсності шлюбу у вітчизняному сімейному законодавстві буде сприяти не лише стабільним відносинам між чоловіком і жінкою, охороняти їхні права, а також забезпечувати суспільні інтереси.

Відповідно до ч. 1 ст. 45 Сімейного кодексу України (далі – СК України) недійсний шлюб, а також шлюб, визнаний недійсним за рішенням суду, не є підставою для виникнення у осіб, між якими він був зареєстрований, прав та обов'язків подружжя, а також прав та обов'язків, які встановлені для подружжя іншими законами України [1]. Окремі питання особливостей підстав недійсності шлюбу

досліджували багато науковців, зокрема: М.В. Антокольська, В.І. Борисова, М.В. Вербицька, В.Ю. Євко, Ю.О. Заїка, Т.А. Кобзева, Л.Ю. Ковтунова, М.Б. Кравчик, Д.І. Сидоренко, Ю.С. Червоний та інші. Однак висновки, зроблені вказаними дослідниками, потребують подальшого узагальнення та розвитку.

Метою статті є визначення поняття недійсності шлюбу згідно чинного сімейного законодавства, виявлення суперечностей його положень, а також розробка пропозицій щодо їх усунення.

Виклад основного матеріалу. Недійсності шлюбу присвячена Глава 5 СК України, яка має тотожну назву – «Недійсність шлюбу». Варто наголосити, що нормативне визначення даної правової категорії у СК України відсутнє. І це, певним чином, можна розглядати як прогалину вітчизняного сімейного законодавства.

На доктринальному рівні сформувалися різні погляди на тлумачення даної дефініції. Так, В.І. Борисова та І.В. Жилінкова стверджують, що недійсність шлюбу — це форма відмови держави від визнання укладеного шлюбу як юридично значущого акта, виражена в рішенні суду, винесеному в порядку цивільного судочинства у зв'язку з порушенням встановлених законом умов укладення шлюбу, що є за своєю суттю заходом захисту [2, с. 143]. Однак, таке визначення є неповним, адже відповідно до ч. 4 ст. 39 СК України шлюб також визнається недійсним за рішенням органу державної реєстрації актів цивільного стану (далі – РАЦС), а не лише за рішенням суду.

Зі свого боку, В.О. Рясенцев розглядав недійсність шлюбу як правову санкцію за недотримання вимог закону щодо укладення шлюбу, яка полягає в анулюванні прав та обов'язків, що вже виникли у подружжя, та неможливості появи нових [3, с. 21]. І.Я. Верес ототожнює недійсність шлюбу із санкцією, мірою сімейно-правової відповідальності недобросовісного з подружжя; способом захисту прав добросовісного з подружжя; загальною превенцією, яка сприяє укладенню дійсних шлюбів [4, с. 97]. М.В. Антокольська уточнює, що визнання шлюбу недійсним, з одного боку, є санкцією за порушення сімейного законодавства у випадку, якщо хоча б одна зі сторін знала про наявність обставин, що свідчать про недійсність шлюбу, з іншого — це міра захисту щодо особи, яка добросовісно помилилася щодо зазначених обставин [2, с. 145]. Таке визначення відповідає ст. ст. 45–46 СК України стосовно правових наслідків недійсності шлюбу, тобто недійсність шлюбу не є підставою для виникнення у осіб прав і обов'язків подружжя (ч. 1 ст. 45 СК України), що і є санкцією за порушення сімейного законодавства – умов укладення шлюбу. Проте, якщо особа не знала і не могла знати про перешкоди до реєстрації шлюбу, вона має право на поділ майна, набутого у недійсному шлюбі, як спільної сумісної власності подружжя; на проживання у житловому приміщенні, в яке вона поселилася у зв'язку з недійсним шлюбом; на аліменти відповідно до ст. ст. 75, 84, 86 і 88 СК України; на прізвище, яке вона обрала при реєстрації шлюбу згідно ст. 46 СК України. Це є своєрідною мірою захисту від неправомірних дій іншого з подружжя, який знав про неправомірність укладення шлюбу [1].

Найпоширенішим серед науковців вважається визначення Ю.С. Червоного, який під недійсним шлюбом розуміє шлюб, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану за відсутності хоча б однієї з передбачених законом умов його укладення або за наявності принаймні однієї із встановлених законом перешкод до цього. Недійсний шлюб не породжує прав та обов'язків подружжя [5]. По-перше, воно витікає з визначення шлюбу, закріпленого у ч. 1 ст. 21 СК України: шлюб є сімейний союз жінки та чоловіка, зареєстрований у органі державної реєстрації актів цивільного стану [1]. По-друге, дане визначення відображає зміст недійсності шлюбу, закладений в нормах Глави 5 СК України. Статті, що в ній містяться, можна поділити на підстави та умови визнання шлюбу недійсним (ст. ст. 38–43); час, з якого шлюб є недійсним (ст. 44); правові наслідки недійсності шлюбу (ст. 45–47) та неукладений шлюб як окрема категорія інституту недійсності шлюбу (ст. 48) [1]. Наявність цих обставин породжує недійсність шлюбу.

Досить важливими є зауваження М. Б. Кравчика, який відмежовує поняття «недійсності шлюбу» від «припинення шлюбу» і зазначає, що перше не породжує жодних правових наслідків із моменту виникнення, а із припиненням шлюбу правовідносини припиняються на майбутнє, тобто одночасно припиняється тільки дійсний шлюб [6, с. 50].

З наведеного вище випливає, що теоретично недійсність шлюбу (за визначенням деяких авторів – недійсний шлюб) можна розглядати: 1) як правову санкцію за недо-

тримання вимог закону щодо укладення шлюбу; 2) як міру захисту щодо особи, яка не могла знати про порушення сімейного законодавства; 3) як різновид шлюбу. Однак, на наш погляд, що дефініцію доцільно визначити так: це шлюб, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану із порушенням вимог, встановлених статтями 22, 24–26 Сімейного кодексу України. Друга частина дефініції впливає зі ст. ст. 38 СК України – підстави недійсності шлюбу, що включають: порушення шлюбного віку (ст. 22 СК України), добровільності шлюбу (ст. 24 СК України), одношлюбності (ст. 25 СК України) та умови укладення шлюбу особами, які є родичами або пов'язані між собою фактом усиновлення (ст. 26 СК України). Детально ці підстави регламентуються ст. 39–41 СК України. Водночас у п. 3 ч. 1 ст. 41 зазначається, що шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду, якщо він був зареєстрований з особою, яка приховала свою тяжку хворобу або хворобу, небезпечну для другого з подружжя і (або) їхніх нащадків. Таким чином, ст. 38, що містить вичерпний перелік підстав щодо недійсності шлюбу згідно СК України та п. 3 ч. 1 ст. 41 суперечать (конкурують) одна одній. Вважаємо за доцільне у ст. 38 зробити відсилання до ст. 30 СК України - взаємна обізнаність наречених про стан здоров'я.

Так, Законом України від 22 грудня 2006 р. № 524-V «Про внесення змін до Сімейного та Цивільного кодексів України» було внесено зміни до ч. 5 ст. 30 СК України: якщо раніше вона була тотожною з п. 3 ч. 1 ст. 41 («приховання тяжкої хвороби, а також хвороби, небезпечної для другого з подружжя, їхніх нащадків, може бути підставою для визнання шлюбу недійсним»), то після редакції набула такого вигляду: «приховування відомостей про стан здоров'я одним з наречених, наслідком чого може стати (стало) порушення фізичного або психічного здоров'я іншого нареченого чи їхніх нащадків, може бути підставою для визнання шлюбу недійсним» [6, с. 50–51].

На нашу думку, п. 3 ч. 1 ст. 41 доцільно викласти у новій редакції за аналогією з ч. 5 ст. 30 СК України, а відсылну норму, що міститься в ст. 38 СК України, варто доповнити посиланням на ч. 1 ст. 30 СК України – наречені зобов'язані повідомити один одного про стан свого здоров'я – і, відповідно, цим посиланням доповнити визначення недійсності шлюбу.

Крім того, як зазначає О. Розгон, національне сімейне законодавство має певну неузгодженість норм ст. 38 та 40 СК України, адже у ст. 38 серед підстав недійсності шлюбу не згадується відсутність наміру створити сім'ю та набути прав та обов'язків подружжя (фіктивність шлюбу), натомість у ч. 2 ст. 40 СК це прямо передбачено. На думку науковиці, така неузгодженість норм сімейного права може призвести до втрати правового навантаження ст. 38 СК України, оскільки при розгляді справ про визнання шлюбу недійсним із підстав його фіктивності суд керуватиметься лише ст. 40 СК України, не вдаючись до правової оцінки загальних підстав недійсності шлюбу [7, с. 29].

Законодавець поділяє всі шлюби, укладені з порушенням законодавчих норм, на такі категорії: 1) шлюб, який є недійсним (ст. 39 СК України); 2) шлюб, який визнається недійсним за рішенням суду (ст. 40 СК України); 3) шлюб, який може бути визнаний недійсним за рішенням суду (ст. 41 СК України) [1].

Відповідно до цього переліку закріплено два способи встановлення недійсності шлюбу – адміністративний і судовий у порядку цивільного судочинства. Адміністративний порядок встановлення недійсності шлюбу полягає в анулюванні актового запису про шлюб органами державної реєстрації актів цивільного стану згідно умов, передбачених у ст. 39 СК України. Судовий порядок означає визнання недійсності шлюбу за рішенням суду відповідно до ст. ст. 40–41 СК України [8, с. 155–167].

Щодо ст. 39 СК України, то за дослідженнями Ю.О. Заїки однією з найпоширеніших підстав визнання шлюбу недійсним є укладання нового шлюбу без розірвання попереднього [9, с. 15]. Варто зазначити, що до 2016 р. факт реєстрації та розірвання шлюбу засвідчувався штампом у паспорті. Однак згідно із Наказом Міністерства юстиції України «Про затвердження Правил державної реєстрації актів цивільного стану в Україні» у редакції після набуття чинності Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо документів, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус, спрямованих на лібералізацію Європейським Союзом візового режиму для України» від 14 липня 2016 р. № 3224 проставлення штампів було скасовано, натомість кожному із подружжя видається свідоцтво про шлюб (замість одного свідоцтва) [10]. Може видатися, що така новація в законодавстві лише збільшить кількість випадків множинності шлюбу. Однак факт реєстрації та розірвання шлюбу фіксується у Державному реєстрі актів цивільного стану громадян, що значно спрощує процедуру визначення сімейного статусу особи.

Отже, встановлення сімейного статусу особи нині не викликає труднощів. Аналіз судової практики показує, що випадки порушення вимоги одношлюбності трапляються. Це, здебільшого, шлюби, укладені громадянами України з «іноземним елементом». Так, у Постанові Верховного Суду від 23 жовтня 2019 р., справа № 756/8186/17 йдеться про шлюб, який було укладено між особами з різним громадянством – України та Федеративної Республіки Німеччини. Одним з подружжя було порушено принцип одношлюбності, внаслідок чого місцевим судом Бергхайму шлюб було розірвано. Однак, позивач звернувся до українського суду із заявою про визнання шлюбу недійсним, що спричинило конкуренцію статей сімейного законодавства. Відповідно до ч. 1 ст. 39 СК України недійсним є шлюб, зареєстрований з особою, яка одночасно перебуває в іншому зареєстрованому шлюбу. У той же час, у ч. 2 ст. 43 СК України зазначається: якщо шлюб розірвано за рішенням суду, позов про визнання його недійсним може бути пред'явлено лише після скасування рішення суду про розірвання шлюбу. У даному випадку, у задоволенні позову особи було відмовлено [11]. Згідно зі ст. 58 Закону України «Про міжнародне приватне право» шлюб між громадянами України, шлюб між громадянином України та іноземцем, шлюб між громадянином України та особою без громадянства, що укладений за межами України відповідно до права іноземної держави, є дійсним в Україні за умови додержання щодо громадянина України вимог Сімейного кодексу України щодо підстав недійсності шлюбу. Шлюб між іноземцями, шлюб між іноземцем та особою без громадянства, шлюб між особами без громадянства, що укладені відповідно до права іноземної держави, є дійсними в Україні [12].

Однак на практиці проконтролювати відповідність українському законодавству шлюбів, укладених за межами України громадянами України, досить важко. Таким чином, специфікою українського сімейного права є певна складність щодо уникнення колізій з нормами сімейного права зарубіжних держав, а відтак існує проблема точного визнання дійсності шлюбу або його недійсності. Доречним було би створення міжнародного єдиного реєстру, який би містив відомості щодо укладання шлюбів із «іноземним елементом», що значно сприяло би подоланню проблем багатощлюбності. Така концепція є актуальною та містить нетривіальний підхід до питання регулювання сімейних правовідносин, оскільки станом на сьогодні усі дані є, по-перше, автоматизованими, а отже цифровізуються; по-друге, є доступними та допомагають уникнути подібних ситуацій; по-третє, слугують прикладом «позитивної» диджиталізації.

Дискусійними уявляються положення ст. 41 СК України щодо розмежування законодавцем підстав визнання

недійсності шлюбу на ті, які визнаються недійсним за рішенням суду; і ті, які можуть бути визнані недійсними за рішенням суду.

Так, Д.І. Сидоренко з цього приводу висловлює позицію, що такий поділ зумовлений тим, що шлюб, визнаний недійсним згідно зі ст. 40 СК України, є нікчемним (як і ст. 39 СК України). Суд чи орган РАЦС зобов'язаний визнати шлюб недійсним чи анулювати актовий запис про шлюб, якщо зазначені обставини продовжують існувати на момент ухвалення рішення про визнання шлюбу недійсним до анулювання актового запису про шлюб. Натомість наявність підстав, передбачених ст. 41 СК України не означає, що суд обов'язково має визнати шлюб недійсним, отже, такі підстави є оспорюваними [13, с. 93].

Також аргументація рішення законодавця висвітлена в п. 13 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 21.12.2007 р. № 11 «Про практику застосування судами законодавства при розгляді справ про право на шлюб, розірвання шлюбу, визнання його недійсним та поділ спільного майна подружжя». Зазначається, що за рішенням суду шлюб обов'язково визнається недійсним, якщо він був зареєстрований без вільної згоди жінки або чоловіка, а також у разі його фіктивності (ст. 40 СК України). Шлюб не може бути визнано недійсним, якщо на момент розгляду справи відпали обставини, які засвідчують відсутність згоди особи на шлюб або її небажання створити сім'ю. У випадках, передбачених ст. 41 СК України, шлюб за рішенням суду може бути визнаний недійсним. У даному разі вирішення цього питання залежить від встановлених судом обставин. СК України вказує на підстави, за яких шлюб може бути визнано недійсним, зокрема коли шлюб було укладено: між усиновлювачем і усиновленою дитиною; між двоюрідними братом і сестрою чи іншими родичами; з особою, яка не досягла шлюбного віку тощо. Разом з тим, наявності одного із вказаних фактів недостатньо для визнання шлюбу недійсним. Вирішуючи справу, судам слід брати до уваги те, наскільки цим шлюбом порушено права та інтереси особи, тривалість спільного проживання подружжя, характер їх взаємин, а також інші обставини, що мають істотне значення [14].

За таких умов виникає питання щодо застосування ч. 2 ст. 41 СК України виключно до умов недійсності шлюбу, передбачених ст. 41 СК України, а також до умов, передбачених ст. 39-40 СК України. Відповідно до постанови Рівненського міського суду Рівненської області від 18 жовтня 2012 р., справа № 1715/13426/12 щодо недійсності шлюбу, зареєстрованого з особою, яка одночасно перебуває в іншому зареєстрованому шлюбі (ч. 1 ст. 39 СК України), наголошується на доцільності застосування ч. 2 ст. 41 СК України [15]. З точки зору дотримання загальних засад регулювання сімейних відносин, а саме ч. 9 ст. 7 СК України, якою передбачено, що сімейні відносини регулюються на засадах справедливості, добросовісності та розумності, відповідно до моральних засад суспільства, така позиція суду є доречною [1]. Отже, у разі, якщо особи звертаються до суду для оскарження анулювання актового запису про шлюб органом РАЦС з підстав, визначених у ч. 1-3 ст. 39, то застосування ч. 2 ст. 41 СК України є доцільним.

Варто зазначити, що відповідно до ч. 1 ст. 41 СК України шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду, якщо він був зареєстрований між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною з порушенням вимог, встановлених ч. 5 ст. 26 СК України. Разом з цим, у ч. 5 ст. 26 СК України зазначається, що шлюб між усиновлювачем та усиновленою ним дитиною може бути зареєстровано лише в разі скасування усиновлення. Натомість, якщо розглянути п. 2 ч. 1 ст. 41 СК України, шлюб може бути визнаний недійсним за рішенням суду, якщо він був зареєстрований між двоюрідними братом та сестрою; між тіткою, дядьком та племінником, племінницею. А у ч. 3 ст. 26 встановлена

пряма заборона того, що у шлюбі між собою не можуть перебувати двоюрідні брат та сестра, рідні тітка, дядько та племінник, племінниця [1].

Сучасні науковці висловлюють пропозиції щодо розширення переліку підстав недійсності шлюбу. Так, І.Д. Сидоренко, вивчаючи норми законодавства Туреччини щодо підстав недійсності шлюбу, пропонує доповнити зміст ч. 2 ст. 40 СК України у частині відсутності вільної згоди на укладення шлюбу такими елементами, як: «укладення шлюбу під впливом помилки або обману щодо особи подружжя, щодо трактування сімейних відносин між подружжям як шлюбу» [13, с. 95]. На наш погляд, доцільність такого впровадження в Україні потребує окремого наукового дослідження.

Крім того, досить неординарною є думка О. Соболева щодо розширення підстав недійсності шлюбу. Науковець дослідив, що в 2011 р. Всесвітня організація охорони здоров'я (далі – ВООЗ) внесла любов у реєстр психічних захворювань, присвоївши їй міжнародний шифр F63.9 (пункт «Розлад звичок і потягів»). Відтак, F63.9 – це код потенційного діагнозу, який використовується для визначення медичної діагностики імпульсивного розладу. У списку захворювань любов знаходиться одразу ж після алкоголізму, ігromанії, токсикоманії, клептоманії. Варто зазначити, що у ВООЗ склали перелік її симптомів, до яких належать: 1) нав'язливі думки про іншу людину; 2) різкі перепади настрою; 3) перепади артеріального тиску; 4) головний біль; 5) алергічні реакції; 6) необдумані імпульсивні вчинки; 7) жалоці до себе та завищене почуття власної гідності. Отже, автор вважає, що наявність у наречених певного стану любові їй, відповідно, зарахування ВООЗ любові до психічних захворювань можуть свідчити про наявність правових підстав визнання шлюбу недійсним за рішенням суду, оскільки, відповідно до ч. 1 ст. 40 СК України, шлюб визнається недійсним за рішенням суду, якщо він зареєстрований без вільної згоди жінки або чоловіка. Згода особи не вважається вільною, зокрема, тоді, коли в момент реєстрації шлюбу вона страждала тяжким психіч-

ним розладом, перебувала в стані алкогольного, наркотичного, токсичного сп'яніння, в результаті чого не усвідомлювала сповна значення своїх дій і (або) не могла керувати ними, або якщо шлюб зареєстровано в результаті фізичного чи психічного насильства [16, с. 78]. Досить важко визначити, наскільки така позиція є прийнятною, адже згідно ч. 2 ст. 1 СК України побудова сімейних відносин має відбуватися на паритетних засадах, на почуттях взаємної любові та поваги, взаємодопомоги і підтримки [1]. Відтак, шлюб, укладений без почуття взаємної любові, втрапить своє соціальне значення.

Висновки. Проведене дослідження дає підстави зробити такі висновки.

По-перше, у Сімейний кодекс України необхідно внести дефініцію недійсності шлюбу (недійсного шлюбу), під якою може розумітися шлюб, зареєстрований у державному органі реєстрації актів цивільного стану із порушенням вимог, встановлених статтями 22, 24-26, ч. 1 ст. 30 Сімейного кодексу України.

По-друге, п. 3 ч. 1 ст. 41 Сімейного кодексу України доцільно викласти у новій редакції за аналогією з ч. 5 ст. 30 СК України, а саме «приховування відомостей про стан здоров'я одним з наречених, наслідком чого може стати (стало) порушення фізичного або психічного здоров'я іншого нареченого чи їхніх нащадків, може бути підставою для визнання шлюбу недійсним». Статтю 38 Сімейного кодексу України варто доповнити посиланням на ч. 1 ст. 30 СК України. У випадку звернення особи до суду для оскарження анулювання актового запису про шлюб органом РАЦС з підстав, визначених у ч. 1-3 ст. 39, слід застосовувати ч. 2 ст. 41 СК України: судам слід брати до уваги те, наскільки цим шлюбом порушено права та інтереси особи, тривалість спільного проживання подружжя, характер їх взаємин, а також інші обставини, що мають істотне значення.

По-третє, вважаємо необхідним створення міжнародного єдиного реєстру, який би містив відомості щодо укладання шлюбів із «іноземним елементом».

ЛІТЕРАТУРА

1. Сімейний кодекс України: Закон України від 10 січня 2002 р. № 2947-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2002. № 21-22. ст.135 (із змінами).
2. Сидоренко Д.І. Теоретичні засади визначення поняття та юридичної сутності недійсності шлюбу в сімейному праві. *Університетські наукові записки*. 2017. № 63. с. 141-148.
3. Рясенцев В.А. Недействительность брака. *Советская юстиция*. 1969. № 8. С. 21–22.
4. Верес І.О. Недійсність шлюбу: порівняльний аналіз Сімейного кодексу України та сімейного законодавства інших держав. *Право України*. 2013. № 10. С. 97–107.
5. Сімейне право України / за ред. Ю.С. Червоного. К.: Істина, 2004. 400 с.
6. Кравчик М.Б. Особливості визнання шлюбу недійсним. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. №4. С. 49-52.
7. Розгон О. Припинення шлюбу в разі його розірвання та визнання фіктивним: відмінності між правовими наслідками на прикладах судової практики. *Вісник Національної асоціації адвокатів України*. 2018. №9 (46). С. 25-35.
8. Євко В.Ю. Визнання шлюбу недійсним як захід відповідальності у сімейному праві. *Вісник ХНУВС*. 2017. № 3 (78). С. 164-172.
9. Заїка Ю.О. Підстави визнання шлюбу недійсним. *Юридична Україна*. 2003. № 2. С. 40.
10. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо документів, що підтверджують громадянство України, посвідчують особу чи її спеціальний статус, спрямованих на лібералізацію Європейським Союзом візового режиму для України: Закон України від 14 липня 2016 р. № 1474-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 34. ст.593 (із змінами).
11. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 23 жовтня 2019 р., справа № 756/8186/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85174145> (дата звернення 12.04.2021).
12. Про міжнародне приватне право: Закон України від 23 червня 2005 р. № 2709-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 32. ст.422 (із змінами).
13. Сидоренко Д.І. Про підстави недійсності шлюбу за сімейним законодавством України та інших держав Європи. *Приватне право і підприємництво*. 2018. № 18. С. 92-95.
14. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Другої судової палати Касаційного цивільного суду від 29 серпня 2018 р., справа №750/6471/15-ц. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76261979> (дата звернення 12.04.2021).
15. Рішення Рівненського міського суду Рівненської області від 18 жовтня 2012 р., справа № 1715/13426/12. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/27003534> (дата звернення 12.04.2021).
16. Соболев О. Любов як морально-правова категорія приватного права. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 12. С. 75-79.

ОХОРОНА ДЕРЖАВНОЇ ТАЄМНИЦІ У МЕХАНІЗМІ ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ PROTECTION OF STATE SECRECY IN THE INFORMATION SECURITY MECHANISM

Павленко В.С., провідний науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України

Статтю присвячено дослідженню актуальних проблем правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України. У ній ідеться про активні наукові розробки питання охорони державної таємниці та забезпечення інформаційної безпеки. Актуальність і затребуваність зазначеної тематики доводять положення Конституції України. У ст. 17 вказано, що «захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу». Проведене дослідження надало можливість сформулювати низку висновків і пропозицій. По-перше, в епоху інформатизації суспільства держави, окрім іншого, виконують дві функції – охорони державної таємниці та забезпечення інформаційної безпеки. Функція охорони державної таємниці є первинною порівняно із забезпеченням інформаційної безпеки. По-друге, зазначені функції мають нерозривний зв'язок: з одного боку, охорона державної таємниці здійснюється через забезпечення інформаційної безпеки; з іншого – інформаційна безпека відіграє важливу роль у механізмі забезпечення національної безпеки, а також охорони державної таємниці. Кожна держава охороняє державну таємницю з метою гарантування національної безпеки. Проведене дослідження дало можливість сформулювати низку пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України: пропонується впроваджувати єдині стандарти інформації та чітко розмежувати переліки відомостей, які належать до того чи того виду таємниці; необхідно законодавчо визначити критерії віднесення інформації до такої, що підлягає державній охороні як таємна, це створить можливість уникнути впливу суб'єктивного чинника під час прийняття рішення про віднесення інформації до таємної; необхідно законодавчо закріпити ознаки для кожного виду таємниць, які підлягають державній охороні, а також критерії для визначення ступеня таємності відповідно до розміру можливих суспільно-небезпечних наслідків.

Ключові слова: державна таємниця, інформаційна безпека, інформація, секретність, функції держави.

The article is devoted to the research of actual problems of legal regulation of protection of the state secret in the mechanism of information security of Ukraine. The provisions of the Constitution of Ukraine testify to the urgency and demand of this topic. The article also mentions the active research of the protection of state secrets and information security. Article 17 states that “the protection of the sovereignty and territorial integrity of Ukraine, ensuring its economic and information security are the most important functions of the state, the business of the entire Ukrainian people”. The study provided an opportunity to formulate a number of conclusions and suggestions. First, in the era of the information society, states, among other things, perform two functions – the protection of state secrets and information security. At the same time, the function of protection of state secrets is primary in comparison with ensuring information security. Secondly, these functions are inextricably linked: on the one hand – the protection of state secrets is carried out through information security; on the other hand, information security plays an important role in the mechanism of ensuring national security, as well as the protection of state secrets. Each state protects a state secret in order to guarantee national security. Third, the study provided an opportunity to formulate a number of proposals to improve the legal regulation of state secrets in the mechanism of information security of Ukraine: it is now proposed to introduce common standards of information security and clearly delineate lists of information related to a particular type of secret; it is necessary to legally define the criteria for classifying information as subject to state protection as secret, which will make it possible to avoid the influence of a subjective factor when making a decision to classify information as secret; it is necessary to legislate the features for each of the types of secrets subject to state protection, as well as the criteria for determining the degree of secrecy in accordance with the size of possible socially dangerous consequences.

Key words: state secret, information security, information, secrecy, state functions.

Вступ. Історія розвитку цивілізації, безперечно, свідчить про важливість збереження таємниці. Актуальність і затребуваність дослідження вказаної проблематики доводять постійні законодавчі процеси щодо вдосконалення законодавства у сфері охорони державної таємниці, регламентування спеціальними нормативними актами питання захисту таємної інформації тощо.

Ст. 17 Конституції України визначає, що «захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу». Наведене законодавче положення демонструє, що інформаційна безпека за рівнем захисту належить до таких найважливіших цінностей, як державний суверенітет і територіальна цілісність. Цитоване положення підтверджує актуальність і затребуваність наукових пошуків у сфері забезпечення інформаційної безпеки держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У науці сьогодні немає комплексного дослідження правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України. Водночас окремим питанням регулювання режиму державної таємниці присвячено чимало праць. Так, у дисертаційній роботі Ю. Чердинцева висвітлено режим державної таємниці за нових політико-правових реалій України [1]. Робота виконана в галузі адміністративного права та вивчає адміністративно-правове регулювання режиму державної таємниці

в Україні. Дисертацію Т. Вислоцької присвячено кримінально-правовій охороні таємниці в Україні [2]. Авторка комплексно дослідила поняття таємниці у кримінальному законодавстві та розробила на цій основі єдиний підхід до застосування норм кримінального права в рамках охорони таємниці, сформулювала правила кваліфікації, спрямовані на забезпечення єдності правозастосування. Окремими аспектами правового регулювання охорони державної таємниці займалися такі вчені, як В. Олійник [3], І. Божков [4], М. Пастернак [5] та ін. Проблеми забезпечення інформаційної безпеки стали предметом наукового пошуку Б. Кормича у дисертаційній роботі «Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України» [6]. Порівняльно-правове дослідження у сфері організаційно-правових основ політики інформаційної безпеки у пострадянських країнах було здійснено О. Литвиненком [7]. Слід також відзначити роботу В. Ліпкана, Ю. Максименко, В. Желіховського «Інформаційна безпека України в умовах євроінтеграції» [8]. Зазначені наукові розвідки розкрили окремі аспекти правової охорони державної таємниці в Україні. Водночас питання правової охорони державної таємниці в контексті інформаційної безпеки в науковій літературі не розглядалося.

Метою статті є дослідження правового регулювання охорони державної таємниці в механізмі інформаційної безпеки України, визначення його проблем і перспектив для вдосконалення.

Виклад основного матеріалу. Словник сучасної української мови та сленгу вибрав словом 2020 р. термін «діджиталізація». Цифровізація, безумовно, охопила всі сфери нашого життя. Поряд із цим XXI ст. є часом інформаційного суспільства. Сьогодні як ніколи актуальними стають слова Вінстона Черчіля: «Хто володіє інформацією, той володіє світом». Дійсно, інформація набуває значення стратегічного ресурсу. У ситуації, що склалася, одним із напрямів державної політики має стати забезпечення інформаційної безпеки, зокрема охорони інформації, яка становить державну таємницю.

Необхідність в охороні державної таємниці виникла з появою перших держав і появою ворогів, котрі посягали на державний суверенітет і цілісність держави. Нині суспільні відносини у сфері охорони державної таємниці є найбільш розробленим інститутом порівняно з охороною інших видів таємниці.

Термін «інформаційна безпека» у Законі України «Про національну безпеку України» визначається складником національної безпеки. У ст. 1 зазначеного Закону вказано, що національна безпека – це захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних і потенційних загроз. Об'єктами державної політики у сферах національної безпеки й охорони виступають, зокрема, «воєнна, зовнішньополітична, державна, економічна, інформаційна, екологічна безпека, кібербезпека України тощо». Наведене визначення фактично відносить інформаційне середовище до найважливіших державних пріоритетів у сфері національної безпеки й оборони [9].

Аналіз Закону України «Про національну безпеку України» дає можливість стверджувати, що у ньому немає розгорнутого визначення поняття «інформаційна безпека», у зв'язку з чим слід звернутися до наукових напрацювань. Так, під інформаційною безпекою пропонують розуміти: 1) її захищеність від випадкового або навмисного втручання у процес її функціонування, від спроб розкрадання, модифікації, а також руйнування її компонентів [10, с. 43]; 2) стан захищеності національних інтересів в інформаційному середовищі, яке визначає сукупність збалансованих інтересів особистості, суспільства та держави [6, с. 138]; 3) зняття інформаційної невизначеності, реальних або потенційних загроз за рахунок контролю над світовим інформаційним простором і наявність можливостей і засобів для відображення цих загроз [11, с. 168]. Спільним у наведених визначеннях є те, що інформаційна безпека характеризується як певний стан, у якому національні інтереси залишаються в захищеному стані та позбавлені загроз. Такі загрози прийнято поділяти на потенційні та реальні, зовнішні та внутрішні тощо. У будь-якому разі дії держави мають бути адекватні загрозам.

Що стосується сфери інформаційної безпеки, то однією з потенційних загроз є порушення режиму охорони державної таємниці. Ці порушення можуть бути різними: порушення порядку засекречування та розсекречування інформації, надання допуску й доступу до неї, роботи із секретними відомостями та ін. Основною рисою такого порушення є те, що внаслідок його вчинення виникає реальна загроза витоку, втрати або розголошення секретних відомостей, які становлять державну таємницю.

Інформаційні відносини постійно розвиваються, що призвело до появи нових видів таємниці – комерційної, банківської, приватного життя або особистого, голосування тощо. У цьому аспекті автори зазначають, що державна таємниця захищена гірше, ніж комерційна чи банківська, оскільки не передбачено кримінальну відповідальність за незаконне збирання з метою використання або використання відомостей, які становлять державну таємницю за відсутності ознак державної зради або шпигунства [2, с. 3, 17].

Закон України «Про державну таємницю» визначає державну таємницю (секретну інформацію) як «вид таємної інформації, що охоплює відомості у сфері оборони, економіки, науки і техніки, зовнішніх відносин, державної безпеки й охорони правопорядку, розголошення яких може завдати шкоди національній безпеці України та які визнані у порядку, встановленому цим Законом, державною таємницею і підлягають охороні державою».

Під охороною державної таємниці розуміється «комплекс організаційно-правових, інженерно-технічних, криптографічних та оперативних-розшукових заходів, спрямованих на запобігання розголошенню секретної інформації та втратам її матеріальних носіїв» [12].

Викладений матеріал дозволяє зробити проміжні висновки. Так, державі XXI ст. притаманні, окрім іншого, дві функції – охорона державної таємниці й забезпечення інформаційної безпеки. Розглядаючи питання правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України, слід вказати на нерозривний зв'язок таких самостійних функцій держави: охорона державної таємниці здійснюється через забезпечення інформаційної безпеки.

Як зазначають науковці: «Забезпечення інформаційної безпеки держави – це нова державна функція, яка характеризується відсутністю сталих і визначених механізмів та методів, правового інструментарію їхньої реалізації. Її формування зумовлене необхідністю захисту суспільства та держави від інформаційних загроз, пов'язаних із розвитком новітніх інформаційно-комунікаційних технологій» [11, с. 168].

У своїй роботі Ю. Чердинцев зауважує, що режиму державної таємниці притаманні такі ознаки: його метою є охорона державної таємниці та забезпечення національної безпеки у різних стратегічно важливих сферах відносин держави, зокрема *в інформаційній сфері*, реалізація та захист прав суб'єктів *інформаційних відносин*; наявність обов'язкового суб'єкта забезпечення (органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, на яких покладено функції забезпечення режиму державної таємниці та здійснення контролю за дотриманням правил такого режиму); забезпечується державним примусом (за порушення або невиконання встановлених вимог залежно від рівня небезпечності передбачено певний вид юридичної відповідальності) тощо [1, с. 3].

Викладене вище свідчить про дещо інше розуміння категорій «інформаційна безпека» і «державна таємниця». Якщо вище було зазначено про розуміння цих дефініцій як функцій держави, то нині в науці висувуються пропозиції розуміти безпеку в інформаційній сфері як мету охорони державної таємниці та її ознаку.

Без сумніву, інформаційна безпека відіграє важливу роль у механізмі забезпечення національної безпеки, а також охорони державної таємниці. Кожна держава охороняє державну таємницю з метою гарантування національної безпеки. Так само, на наш погляд, можна стверджувати і про зворотний зв'язок: охорона державної таємниці відіграє важливу роль у механізмі інформаційної безпеки, однак у цьому аспекті охорона державної таємниці – це функція, яка є первинною порівняно із забезпеченням інформаційної безпеки. Це пов'язано з тим, що державна таємниця та необхідність її охороняти з'явилася із появою держави. Необхідність забезпечення інформаційної безпеки виникла та набула великого значення саме у XXI ст.

Як зазначалося вище, однією з ознак режиму державної таємниці є наявність обов'язкового суб'єкта забезпечення, тобто органу державної влади, органу місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, на яких покладено функції забезпечення режиму державної таємниці та здійснення контролю за дотриманням правил такого режиму.

Що стосується органів, котрі здійснюють охорону державної таємниці, то слід вказати на ст. 5 Закону України «Про державну таємницю». У ній надано перелік органів і посадових осіб, які мають спеціальні повноваження у сфері охорони державної таємниці. По-перше, це Президент України. На нього покладається обов'язок забезпечувати національну безпеку. З цією метою він уповноважений видавати укази та розпорядження з питань охорони державної таємниці. По-друге, це Рада національної безпеки й оборони України. На цей орган покладається обов'язок координувати та контролювати діяльність органів виконавчої влади у сфері охорони державної таємниці. По-третє, це Кабінет Міністрів України. Він уповноважений спрямовувати та координувати роботу міністерств, інших органів виконавчої влади щодо забезпечення здійснення державної політики у сфері охорони державної таємниці. По-четверте, це центральні та місцеві органи виконавчої влади, Рада міністрів Автономної Республіки Крим та органи місцевого самоврядування. Зазначені органи здійснюють державну політику у сфері охорони державної таємниці в межах своїх повноважень, передбачених законом. По-п'яте, це Служба безпеки України. Цей правоохоронний орган є спеціально уповноваженим державним органом у сфері забезпечення охорони державної таємниці [12].

У Законі України «Про національну безпеку України» зазначено, що «до складу сектору безпеки й оборони входять: Міністерство оборони України, Збройні сили України, Державна спеціальна служба транспорту, Міністерство внутрішніх справ України, Національна гвардія України, Національна поліція України, Державна прикордонна служба України, Державна міграційна служба України, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, Служба безпеки України, Управління державної охорони України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Апарат Ради національної безпеки й оборони України, розвідувальні органи України, центральний орган виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну військово-промислову політику. Інші державні органи й органи місцевого самоврядування здійснюють свої функції із забезпечення національної безпеки у взаємодії з органами, які входять до складу сектору безпеки й оборони» [9].

Наведені законодавчі норми свідчать про те, що на окремі органи покладаються функція охорони державної таємниці та функція забезпечення безпеки, зокрема інформаційної. Йдеться про Службу безпеки України, державні органи й органи місцевого самоврядування.

Спеціально уповноваженим органом для забезпечення інформаційної безпеки є Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України. Це «державний орган, призначений для забезпечення функціонування і розвитку державної системи урядового зв'язку, Національної системи конфіденційного зв'язку, формування та реалізації державної політики у сферах кіберзахисту критичної інформаційної інфраструктури, державних інформаційних ресурсів та інформації, вимога щодо захисту якої встановлена законом, криптографічного та технічного захисту інформації, телекомунікацій, користування радіочастотним ресурсом України, поштового зв'язку спеціального призначення, урядового фельд'єгерського зв'язку, а також інших завдань відповідно до закону» (ст. 22 Закону України «Про національну безпеку України») [9].

Режим охорони державної таємниці не відрізняється від охорони інформації з обмеженим доступом. Тобто інформація, що становить державну таємницю, й інформація з обмеженим доступом мають захищатися на одному рівні. Захист такої інформації є складовим елементом механізму інформаційної безпеки. На науковому рівні звертається увага на недосконалість чинного законодавства у сфері захисту інформаційних ресурсів, що не дозволяє належним чином регулювати ці суспільні відносини, забезпечувати їхній надійний захист та охорону. Автори висловлюють думку, що необхідно впроваджувати єдині стандарти безпеки інформації та чітко розмежувати переліки відомостей, які належать до того чи того виду таємниці [2, с. 167].

Окрім зазначеної проблематики, слід також вказати й на інші питання, що виникають у сфері правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України. Так, нині немає законодавчого визначення критеріїв віднесення інформації до такої, яка підлягає державній охороні як таємна. Встановлення таких критеріїв на законодавчому рівні створить можливість уникнути впливу суб'єктивного чинника під час прийняття рішення про віднесення інформації до таємної. Також до проблематики слід віднести відсутність законодавчо встановлених ознак для кожного виду таємниць, що підлягають державній охороні. Так само відсутній перелік критеріїв для визначення ступеня таємності відповідно до розміру можливих суспільно небезпечних наслідків. Через обмежений обсяг дослідження розробка й обґрунтування пропозицій щодо вдосконалення чинного порядку правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України стануть предметом подальшого наукового пошуку.

Висновки. Проведене дослідження дало можливість сформулювати низку висновків і пропозицій. *По-перше*, в епоху інформатизації суспільства держави, окрім іншого, виконують дві функції – охорони державної таємниці й забезпечення інформаційної безпеки. Функція охорони державної таємниці є первинною порівняно із забезпеченням інформаційної безпеки. Поряд із цим актуальним є розуміння безпеки в інформаційній сфері як мети охорони державної таємниці та її ознаки. Також слід вказати на розуміння охорони державної таємниці як елементу механізму інформаційної безпеки. *По-друге*, зазначені функції мають нерозривний зв'язок: з одного боку, охорона державної таємниці здійснюється через забезпечення інформаційної безпеки; з іншого – інформаційна безпека відіграє важливу роль у механізмі забезпечення національної безпеки, а також охорони державної таємниці. Кожна держава охороняє державну таємницю з метою гарантування національної безпеки. Наше дослідження дозволило сформулювати низку пропозицій щодо вдосконалення правового регулювання охорони державної таємниці у механізмі інформаційної безпеки України: пропонується впроваджувати єдині стандарти безпеки інформації та чітко розмежувати переліки відомостей, що належать до того чи того виду таємниці; необхідно законодавчо визначити критерії віднесення інформації до такої, яка підлягає державній охороні як таємна, що створить можливість уникнути впливу суб'єктивного чинника під час прийняття рішення про віднесення інформації до таємної; необхідно законодавчо закріпити ознаки для кожного виду таємниць, які підлягають державній охороні, а також критерії для визначення ступеня таємності відповідно до розміру можливих суспільно-небезпечних наслідків тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Чердинцев Ю.Г. Адміністративно-правове регулювання режиму державної таємниці в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2020. 239 с.
2. Вислоцька Т.Ю. Кримінально-правова охорона таємниці в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2017. 275 с.
3. Олійник В.І. Визначення родової належності поняття «державна таємниця». *Право і суспільство*. 2015. № 5. С. 143–148.

4. Божков І.І. Державна таємниця та система її охорони. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи захисту інформації в Україні*. 2002. № 4. С. 7–10.
5. Пастернак М.С. Правова регламентація змісту інформації, яка становить державну таємницю, в Україні: сучасний стан та перспективи розвитку. *Правова інформатика*. 2010. № 4 (28). С. 86–93.
6. Кормич Б.А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2004. 427 с.
7. Литвиненко О.В. Проблеми забезпечення інформаційної безпеки у пострадянських країнах (на прикладі України та Росії) : автореф. дис. ... канд. політ. наук : 23.00.04. Київ, 1997. 18 с.
8. Ліпкан В.А., Максименко Ю.Є., Желіховський В.М. Інформаційна безпека України в умовах євроінтеграції : навчальний посібник. Київ : КНТ, 2006. 280 с.
9. Про національну безпеку України : Закон України від 21 червня 2018 р. № 2469-VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 55. С. 51. Ст. 1903.
10. Присяжнюк М.М., Белошевич Я.І. Інформаційна безпека України в сучасних умовах. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Військово-спеціальні науки*. 2013. Вип. 30. С. 42–46.
11. Грабар Н.С. Механізми інформаційної безпеки України в умовах інформаційного глобалізму. *Право та державне управління*. 2019. № 2 (35). Т. 1. С. 168–173.
12. Про державну таємницю : Закон України від 21 січня 1994 р. № 3855-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 16. С. 422. Ст. 93.

ДОГОВІР КУПІВЛІ-ПРОДАЖУ ПІДПРИЄМСТВА: ПРАВОВІ АСПЕКТИ

ENTERPRISE SALE AND PURCHASE AGREEMENT: LEGAL ASPECTS

Піддубна В.Ф., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права № 2

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Щербина В.А., студентка II курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена особливостям договору купівлі-продажу підприємств, що належать приватним власникам. Авторами звертається увага на низку аспектів правового регулювання і з'ясування окремих проблем щодо договору купівлі-продажу. Водночас визначаються ознаки й елементи договору купівлі-продажу, аналізується складна юридична природа договору купівлі-продажу. У статті досліджуються норми німецького й італійського законодавства щодо купівлі-продажу підприємства. Процедура купівлі-продажу підприємства подібна до процедури, яка проводиться в Україні, водночас має специфіку. Авторами зазначено, що договір купівлі-продажу підприємства є договором, за яким продавець зобов'язується передати покупцеві підприємство як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, тобто як сферу діяльності за винятком тих прав і обов'язків, які він не може передати іншим особам, якщо це передбачено договором, зобов'язується ввести покупця в зазначену сферу діяльності, утримуватись від конкуренції з покупцем у цій сфері, а покупець зобов'язується прийняти підприємство, оплатити його вартість і використовувати за призначенням. Особливістю договору продажу підприємства є те, що, крім нерухомості, що перебуває у складі підприємства, покупець отримує від продавця комерційну інформацію, ділову репутацію та ділові зв'язки продавця, тоді як продавець накопичував їх протягом багатьох років своєї підприємницької діяльності. Крім цього, під час продажу підприємства як єдиного майнового комплексу продавець не має права передавати права й обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою власника; права, отримані на основі дозволу (ліцензії) на зайняття певним видом діяльності; зобов'язання щодо виплати боргів кредиторам, які відмовились від переведення боргу на покупця; заборгованість, яка виникла у зв'язку з несплатою податків і зборів. Договір купівлі-продажу підприємства укладається в письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

Ключові слова: підприємство, договір купівлі-продажу підприємства, єдиний майновий комплекс, майно підприємства, передавання підприємства.

The article is devoted to the particularities of the contract for the purchase and sale of enterprises, which should be owned by private owners. In this article, respect for a number of aspects of legal regulation and development of problems related to the purchase and sale agreement will be gained. At the same time, signs of the elements of the contract of purchase and sale are mentioned, and attention is given to the complex legal nature of the contract of purchase and sale. The article examines the norms of German and Italian legislation. The procedure for the sale and purchase of an enterprise is similar to the procedure that is carried out in Ukraine, however, it has certain specifics. The authors of the article noted that the contract for the purchase and sale of the enterprise is an agreement, for which the seller should agree to transfer the enterprise as a single property complex to the buyer, as a field of activity with exception of those rights and obligations, which he cannot transfer to others if the treaty provides so. Also, the seller is obliged to familiarize the buyer with the specified sphere of activity, desist from competition with the buyer in this sphere. At the same time, the buyer is obliged to receive the enterprise, pay its cost and use it for designated purpose. In addition, the author emphasized that the feature of the contract of sale of an enterprise is that with the exception of real estate that is a part of an enterprise, the buyer receives from the seller commercial information, business reputation and seller's business relations while the seller accumulated them over many years of his business activity. In addition, during the sale of the enterprise as a single property complex, the seller does not have rights and obligations that are inextricably linked with the personality of the owner, the rights obtained on the basis of a license to engage in a certain type of activity, obligations regarding the payment of debts to creditors who refused to transfer the debt to the buyer, debt that arose in connection with non-payment of taxes and fees. The contract for the purchase and sale of the enterprise should be concluded in writing and subject to notary and public registration.

Key words: enterprise, contract of purchase and sale of enterprise, single property complex, enterprise property, transfer of enterprise.

Натепер питання правового регулювання договору купівлі-продажу підприємства є актуальним, адже його проблематика залишається малодослідженою в цивільному праві України. З виникненням і розвитком ринкових відносин в Україні підприємство як єдиний майновий комплекс визнається об'єктом цивільних прав.

Не можна не погодитися з думкою С.Я. Вавженчука, що детальне дослідження проблем правового регулювання договору купівлі-продажу дасть можливість покращити праворозуміння складних договірних моделей, забезпечити захист і охорону не тільки цивільних, а й господарських прав осіб, покращити ефективність цивільного обороту в умовах ринкової економіки [1, с. 73].

Проблемі правового регулювання договору купівлі-продажу підприємства приділяти увагу такі науковці, як: С.В. Кривобок [2], Н.І. Грушинська [3], А.М. Олефіренко [4], І.А. Галіахметов [5], Н.С. Демченко [6].

Метою статті є аналіз прав і обов'язків сторін за договором купівлі-продажу підприємства як єдиного майнового комплексу.

У Цивільному кодексі (далі – ЦК) України (ст. 191) закріплюється поняття підприємства, міститься визна-

чення його як єдиного майнового комплексу, що використовується для здійснення підприємницької діяльності і визнається нерухомістю [7].

А.М. Олефіренко визначає підприємство як єдиний майновий комплекс за винятком прав і обов'язків, які власник не може передати іншим особам, виступає предметом договору його купівлі-продажу, щодо якого повинна бути досягнута згода контрагентів [4, с. 89]. В.І. Ковальчук стверджує, що в науковій літературі та законодавстві немає єдиного підходу до розуміння підприємства як цілісного майнового комплексу. Крім того, розбіжності у правових нормах не сприяють належному правовому регулюванню підприємства, оскільки не має єдиного окреслення його правового статусу ні як суб'єкта, ні як об'єкта правовідносин [8, с. 87].

У законодавстві Німеччини термін «підприємство» не передбачений. Відповідно до Німецького торгового уложення (далі – ГГУ), поняття «підприємство» (Unternehmen) згадується суто на позначення суб'єкта промислової діяльності. Лише в окремих параграфах, якими безпосередньо врегульовані питання, пов'язані з підприємством як об'єктом прав (§ § 22–28 ГГУ), здебільшого

вживається поняття «торгова справа» (Handelsgeschäft), яке, на думку одних німецьких правознавців, ідентичне поняттю «підприємство», а з погляду інших, трохи відрізняється від нього [9].

Згідно зі ст. 2555 Цивільного кодексу Італії, підприємство як об'єкт прав (azienda) являє собою майновий комплекс, який використовується підприємцем для здійснення підприємницької діяльності (impresa) [10].

На думку Н.О. Саніахметової, до окремих видів договору купівлі-продажу, що використовуються в підприємницькій діяльності, належать: договір поставки товарів, договір поставки для державних потреб, договір контрактиції, договір енергопостачання, договір продажу підприємства [11, с. 32].

Договір купівлі-продажу – основний вид цивільно-правових зобов'язань, що виникають у товарно-грошовому обороті [12, с. 134]. Як уважає О.О. Полуніна, метою договору є перенесення права власності на річ, яка є товаром, покупцеві [12, с. 134]. Відповідно до ч. 1 ст. 638 ЦК України, щоб договір вважався укладеним та породив правові наслідки, потрібно, щоби сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору [7]. Від якості правового регулювання істотних умов багато в чому залежать стабільність та ефективність договірних відносин [4, с. 89]. У ст. 655 ЦК України зазначено суть договору купівлі-продажу: одна сторона (продавець) передає або зобов'язується передати майно (товар) у власність другій стороні (покупцеві), а покупець приймає або зобов'язується прийняти майно (товар), сплатити за нього певну грошову суму [7].

Норми про купівлю-продаж (§ § 373–382) містяться в розд. II («Купівля-продаж») книги IV ГТУ («Торгові угоди»). У ГТУ не міститься поняття договору купівлі-продажу. Через це в частині, де окремі питання відносин сторін з купівлі-продажу не врегульовані у ГТУ, підлягають застосуванню норми ГТУ про купівлю-продаж (кн. 2, розд. 7, § § 433–515 «Купівля. Міна») [13; 14]. У § 433 ГТУ договір купівлі-продажу визначається як угода, за якою продавець зобов'язується передати річ покупцю, надати йому право власності на неї, а покупець зобов'язується сплатити продавцю обговорену покупцю ціну [14]. У Німеччині договір купівлі-продажу називається просто договором купівлі (Kaufvertrag).

Передавання підприємства як єдиного майнового комплексу здійснюється шляхом підписання основного документа – договору купівлі-продажу, і додаткових документів, зокрема акта приймання-передавання [3, с. 26]. Варто зазначити, що під час продажу підприємства як єдиного майнового комплексу продавець не має права передавати права й обов'язки, які нерозривно пов'язані з особою власника; права, отримані на основі дозволу (ліцензії) на зайняття певним видом діяльності; зобов'язання щодо виплати боргів кредиторам, які відмовились від переведення боргу на покупця; заборгованість, яка виникла у зв'язку з несплатою податків і зборів [3, с. 28]. Договір купівлі-продажу підприємства, що належить приватному власнику (приватним власникам), можна схарактеризувати як договір, за яким продавець зобов'язується передати покупцеві підприємство як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, тобто як сферу діяльності за винятком тих прав і обов'язків, які він не може передати іншим особам, якщо це передбачено договором, зобов'язується ввести покупця в зазначену сферу діяльності, утримуватись від конкуренції з покупцем у цій сфері, а покупець зобов'язується прийняти підприємство, оплатити його вартість, використовувати за призначенням. Підприємство передається за передавальним актом [2, с. 31]. Зазначений договір укладається в письмовій формі і підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації (ст. 657 ЦК України) [7].

Під час укладення договору купівлі-продажу підприємства потрібно враховувати те, що підприємство як єдиний майновий комплекс визнається нерухомістю, як об'єкт цивільних прав та обов'язків має специфічний правовий режим як у статичній (відносини власності та речових прав), так і в динаміці (цивільний обіг), який впливає на зміст такого договору [4, с. 92].

Особливістю договору продажу підприємства є те, що, крім нерухомості, що перебуває у складі підприємства, покупець отримує від продавця комерційну інформацію, ділову репутацію та ділові зв'язки продавця, тоді як продавець накопичував їх протягом багатьох років своєї підприємницької діяльності [15].

Відповідно до чинного законодавства Німеччини, у разі купівлі-продажу підприємства в його склад можуть взагалі не включатися деякі значні частини як активу, так і пасиву. Під купівлею-продажу підприємства розуміється передача постійних специфічних чинників зі сфери влади одного суб'єкта в розпорядження іншої. Якщо ж розглядати підприємство як щось інше, ніж просто набір речей, то передача, що здійснюється під певною фірмою або характеризується зареєстрованою торговою маркою підприємства, неможлива в жодній іншій формі, крім передачі фірми або марки [16, с. 54]. За законодавством Німеччини, у разі укладення договору купівлі-продажу нерухомості письмова форма є обов'язковою; приватний акт, судовий акт та реєстрація; конститутивна (реєстрація) для всіх правочинів. Далі протягом певного терміну договір повинен бути зареєстрований під умовою недійсності у спеціальному реєстрі за місцем перебування продавця. Такий реєстр веде орган, який здійснює реєстрацію договорів у засобах масової інформації (тільки після і на підставі реєстрації договору у відповідному реєстрі). Реєстрація повинна представляти відкладальну умову дійсності угоди, з моменту настання якої договір набуває чинності щодо третіх осіб. Публікація ж повинна бути спрямована на захист інтересів обороту і пов'язана з установленням особливого порядку переходу прав вимоги і боргів, встановлювати певний баланс інтересів продавця, покупця і кредиторів [15].

Німецькі суди, з метою захисту інтересів покупця, за деяких умов стали поширювати правила про купівлю-продаж підприємств як об'єктів на придбання акцій /прав участі [15].

В Італії держава регулює процес купівлі-продажу підприємства шляхом введення обов'язкової реєстрації переходу права на нього: інформація про купівлю-продаж підприємства фіксується в реєстрі суб'єктів підприємницької діяльності (товариств або комерсантів).

Сторонами договору є продавець (власник підприємства – підприємницьке товариство або фізична особа-підприємець) і покупець (виключно суб'єкт підприємницької діяльності, бо призначення підприємства – здійснення підприємницької діяльності). Якщо ж підприємство отримано у власність на підставі спадкового правонаступництва, то продавцем підприємства може виступати і фізична особа, яка не зареєстрована як підприємець [2, с. 32].

У Німеччині, у якій існування підприємства і права на нього обґрунтовуються лише доктринально, цікавим є питання про купівлю-продаж підприємства. Теоретичні дискусії про право на підприємство тут викликані, серед іншого, тим, що закон встановлює придбання торгової справи, про встановлення узуфрукта на неї, про продовження справи, тим самим закріплює можливість переходу підприємства між живими й у разі смерті. В останньому випадку порядок більш-менш ясний: спадкоємці заступають на місце спадкодавця за універсальним правонаступництвом. З огляду на принцип спеціальності речового права, не настільки очевидно є відповідь на питання про те, як відбуваються придбання, відчуження, встановлення узуфрукта на підприємство. Навіть якщо

згідно із цим принципом укласти розпорядчі угоди окремо щодо всіх складових частин підприємства, то не зовсім зрозуміло, як передати те невлічливе ядро його, goodwill, досвід, секрети, клієнтуру, які становлять суть торгової справи [17].

Як зазначає С.В. Кривобок, за своєю правовою характеристикою договір купівлі-продажу підприємства двосторонньо-взаємний, бо й у продавця, і в покупця є права й обов'язки, причому праву однієї сторони кореспондує обов'язок іншої сторони, оплатний, бо майновому наданню продавця відповідає зустрічне грошове надання за підприємство з боку покупця [2, с. 31].

Продавець зобов'язаний повідомити про всі недоліки підприємства як єдиного майнового комплексу до моменту укладення договору купівлі-продажу. Безумовно, введення покупця у сферу діяльності підприємства покладається на продавця, повинно вважатися одним із найголовніших його обов'язків [2, с. 33].

Водночас відповідно до § 439 ГГУ («Знання покупця про недоліки права»), продавець не відповідає за недоліки права, якщо покупець знає про такі недоліки в момент укладення договору. Продавець зобов'язаний ліквідувати іпотеку, поземельний борг, рентний борг, судову іпотеку або заставне право навіть у разі, якщо покупець знає

про таке обтяження. Зазначений припис поширюється на попередній запис для забезпечення вимоги за допомогою встановлення одного з таких прав [14].

Отже, зважаючи на все вищезазначене, можна підсумувати, що, по-перше, договір купівлі-продажу підприємства – договір, за яким продавець зобов'язується передати покупцеві підприємство як єдиний майновий комплекс, що використовується для здійснення підприємницької діяльності, тобто як сферу діяльності, за винятком тих прав і обов'язків, які він не може передати іншим особам, якщо це передбачено договором, зобов'язується ввести покупця в зазначену сферу діяльності, утримуватись від конкуренції з покупцем у цій сфері, а покупець зобов'язується прийняти підприємство, оплатити його вартість і використовувати за призначенням.

По-друге, особливістю договору продажу підприємства є те, що, крім нерухомості, що перебуває у складі підприємства, покупець отримує від продавця комерційну інформацію, ділову репутацію та ділові зв'язки продавця, тоді як продавець накопичував їх протягом багатьох років своєї підприємницької діяльності.

По-третє, договір купівлі-продажу підприємства укладається в письмовій формі, підлягає нотаріальному посвідченню та державній реєстрації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вавженчук С.Я. Договір купівлі-продажу: класична доктрина та проблеми українського цивільного права. *Юридичний вісник*. 2010. № 4 (17). С. 73–76.
2. Кривобок С.В. Договір купівлі-продажу підприємства, що належить приватному власнику. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету ім. Г.С. Сковороди*. Серія «Право». 2011. Вип. 16. С. 31–37.
3. Грущинська Н.І. Взаємні зобов'язання сторін за договором купівлі-продажу підприємства як єдиного майнового комплексу. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія «Право». 2015. Вип. 32. Т. 2. С. 24–29.
4. Олефіренко А.М. Предмет договору купівлі-продажу підприємства як єдиного майнового комплексу. *Універсальні наукові записки*. 2011. № 3 (39). С. 88–94.
5. Галіахметов І.А. Підприємство як об'єкт купівлі-продажу. *Підприємство, господарство і право*. 2004. № 9. С. 78–81.
6. Демченко Н.С. Договір купівлі-продажу об'єктів приватизації. Київ : Оріяни, 2000. С. 178.
7. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40. Ст. 356.
8. Ковальчук В.І. Підприємство як цілісний майновий комплекс: суб'єкт чи об'єкт прав? *Актуальні проблеми цивілістики*. 2014. № 1 (3). С. 84–87.
9. Кицай Ю.А. Статус підприємства в законодавстві країн Європи (на прикладі Німеччини). *Актуальні проблеми права : матеріали III Міжнародної наукової конференції*. Москва : Буки-Веди, 2014. С. 60–65. URL: <https://moluch.ru/conf/law/archive/139/6315/> (дата звернення: 11.04.2021).
10. Гражданский кодекс Италии 1942 г. с последующими изменениями и дополнениями. Giordio di Nova. Codice civile e leggi collegate. Ed. Zanichelli S.p.A. Bologna, 1994. 1995. *Gazzeta ufficiale*. 1985. 5 agosto. № 183.
11. Саніахметова Н.О. Поняття та класифікація підприємницьких договорів. *Вісник Хмельницького інституту регіонального управління та права*. 2002. № 2. С. 31–33.
12. Полуніна О.О. Загальна характеристика договору купівлі-продажу. *Часопис цивілістики*. 2014. Вип. 17. С. 134–138.
13. Германское торговое уложение. URL: <http://ex-jure.ru/law/news.php?newsid=308>.
14. Гражданское уложение Германии (ГГУ). *Bürgerliches Gesetzbuch Deutschlands mit Einführungsgesetz (1900)*. URL: <http://oceanlaw.ru/wp-content/uploads/2018/02/1900%D0%93%D1%80%D0%B0%D0%B6%D0%B4%D0%B0%BD%D1%81%D0%BA%D0%BE%D0%B5-%D1%83%D0%BB%D0%BE%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%B8%D0%B5-1.pdf>.
15. Овчинникова К.Д. Предприятие как объект гражданских прав в Германии, Италии, Франции, Англии и России : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2005. 211 с.
16. Грибанов А.В. Предприятие как объект гражданско-правовых отношений (по праву России и Германии) : дис. ... канд. юрид. наук. Москва, 2004. С. 54.
17. Овчинникова К.Д. Юридическая сущность категории предприятия в доктрине и законодательстве Германии, Франции и Италии. *Законодательство*. 2004. № 9. С. 21.

ОСОБЛИВОСТІ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СПІЛЬНОГО ЗАПОВІТУ ПОДРУЖЖЯ ЗА НАЦІОНАЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

PECULIARITIES OF LEGAL REGULATION OF THE JOINT WILL OF THE SPOUSE UNDER THE NATIONAL LEGISLATION

Поклонська О.Ю., викладач кафедри цивільно-правових дисциплін
Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті під час дослідження питання у сфері цивільних правовідносин, а саме щодо правового регулювання інституту спільного заповіту подружжя, розглянуто загальне поняття спільного заповіту подружжя з урахуванням різних думок науковців, зокрема Ю.О. Заїки та С.Я. Фурса. Проаналізовано норми Цивільного кодексу України, які регулюють це питання. Під час наукового дослідження також акцентовано увагу на змісті спільного заповіту подружжя, який серед науковців отримує закріплення у двох протилежних позиціях, а саме тоді, коли у заповіті зазначається лише майно, яке належить суб'єктам на правах спільної сумісної власності, та «змішаний» тип заповіту, коли зазначається майно, яке належить як на правах спільної сумісної власності, так і на правах приватно-правової власності. Також зосереджено увагу на основній ознаці цього виду заповіту: частка у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив, але лише у право володіння та користування, а не розпорядження. У статті сказано про важливість накладення нотаріусом заборони відчуження на майно. Також акцентовано увагу на юридичному сенсі існування спільного заповіту подружжя в цивільному законодавстві України. Проаналізовано та зосереджено увагу на основних моментах Постанови пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 серпня 2005 року. Під час написання наукової статті досліджено проблемні аспекти, які виникають у практичній діяльності у разі використання спільного заповіту подружжя у цивільних правовідносинах під час спадкування, а саме правові наслідки спільного заповіту подружжя, якщо після смерті одного з подружжя шлюб буде визнано недійсним; чи буде дійсним заповіт подружжя, якщо один із подружжя визнаний недієздатним; правові наслідки для спадкового майна зі спільного заповіту подружжя після смерті одного з подружжя та накладення на майно заборони, якщо особа, яка призначена спадкоємцем у спільному заповіті, також помирає. Акцентовано увагу на виявлених недоліках у досліджуваному питанні, запропоновано шляхи їх усунення, що в подальшому сприятиме ефективності використання цього інституту в практичній діяльності.

Ключові слова: заповіт, подружжя, спільний заповіт подружжя, майно, майно на правах спільної сумісної власності, володіти, користуватися, розпоряджатися, заборона відчуження.

In the scientific article during the study of the issue in the field of civil law, namely the legal regulation of the institution of a joint will of the spouses, the general concept of the joint will of the spouses is considered, taking into account different opinions of scientists, in particular Yu.O. Zaika and S.J. Fursa. The norms of the Civil Code of Ukraine that regulate this issue are analyzed. The research also focuses on the content of the joint will of the spouses, which among scholars is enshrined in two opposing positions, namely, when the will indicates only the property belonging to the subjects of joint ownership and "mixed" type of will, when the property belonging to both the rights of joint ownership and private law is indicated. It also focuses on the main feature of this type of will – the share in the right of joint ownership after the death of one of the spouses passes to the other spouse who survived, but only in the right of possession and use, not disposal. The scientific article also mentions the importance of a notary's ban on alienation of property. Emphasis is also placed on the legal meaning of the existence of a joint will of the spouses in the civil legislation of Ukraine. The main points of the resolution of the plenum of the Supreme Court of Ukraine "On judicial practice in cases of inheritance" dated 30.08.2005 are analyzed and focused. During the writing of the scientific article the problematic aspects that arise in practice in the case of using the joint will of the spouses in civil law during the inheritance, such as the legal consequences of the joint will of the spouses, if after the death of one of the spouses the marriage is invalid; whether the will of the spouses will be valid if one of the spouses is declared incompetent; legal consequences for the inherited property from the joint will of the spouses, after the death of one of the spouses and the imposition of a ban on the property, if the person appointed as the heir in the joint will also dies. Emphasis is placed on the identified shortcomings in the research issue, suggested ways to eliminate them, which will further contribute to the effectiveness of the use of this institution in practice.

Key words: will, spouses, joint will of spouses, property, property on the rights of joint ownership, to own, use, dispose of, prohibition of alienation.

Постановка проблеми. Інститут спадкування існує ще з часів римського права й сьогодні містить такі види спадкування, як за законом та за заповітом. Спадкування за заповітом поділяється на різні підвиди. Нині, з розвитком правової свідомості та культури населення, а також правової взаємодії з Європейським Союзом, все більш популярним стає укладення спільного заповіту подружжя, тому це питання є відкритим для наукових досліджень.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Заповіт подружжя як один із нових цивілістичних інструментів розроблявся, аналізувався, тлумачився в працях таких науковців, як Л.К. Буркацький, І.В. Жилінкова, Ю.О. Заїка, О.В. Коротюк, О.П. Печений, З.В. Ромовська, Є.О. Рябонь, С.Я. Фурса, Є.О. Харитонова [1, с. 42].

Мета статті полягає у визначенні поняття спільного заповіту подружжя та особливостей його укладення, виявленні проблем використання спільного заповіту подружжя в практичній діяльності та запропонованні шляхів їх вирішення.

Результати дослідження. Поява заповіту подружжя у Цивільному кодексі України (далі – ЦК України) [2] пояснювалась ідеєю впровадження підтримки сім'ї, захисту прав, законних інтересів чоловіка та дружини,

надання можливості подружжю зберегти спільне майно навіть після смерті другого з подружжя [3, с. 43].

Слід зазначити, що існування такого виду заповіту, як заповіт подружжя, в теорії та на практиці сприймається неоднозначно. Так, Ю.О. Заїка вважає таку новелу загальною не дуже вдалою. Цю думку підтримує Т.П. Коваленко, зазначаючи, що спільний заповіт подружжя не тільки не створює якихось зручностей, переваг порівняно з укладенням кожним із подружжя окремого заповіту, але й, навпаки, може стати підставою для неабияких життєвих ускладнень [4, с. 94].

Натомість Є.І. Фурса та С.Я. Фурса доволі позитивно ставляться до можливості складати спільний заповіт подружжя, зазначаючи, що схема заповіту подружжя розширює права громадян. Спільне майно не потрібно ділити між подружжям, воно цілком переходить до зазначених спадкоємців, а це приводить до зміцнення подружніх взаємин [4, с. 94].

Так, виходячи з аналізу досліджень науковців, можемо зазначити, що одні вважають, що заповіт подружжя встановлює обмеження в суб'єктному складі під час передачі майна чи майнових прав, а інші вважають, що саме через

цей вид заповіту акумулюється єдність спільного майна подружжя та досягається ефект його неподільності, використання за життя як одним, так й іншим членом подружжя спільного майна, набутого за період перебування в зареєстрованому шлюбі [3, с. 43].

Ще одним дискусійним питанням у цивілістиці щодо спільного заповіту майна подружжя є його зміст.

Щодо цього можна відзначити дві позиції, що протиставляються одна одній. Згідно з першою, закон не обмежує подружжя в праві складання так званого змішаного заповіту, в якому подружжям, крім заповідальних розпоряджень стосовно спільного майна, робляться відповідні розпорядження щодо речей, належних кожному з подружжя на праві особистої приватної власності. До прихильників такої концепції належать С.Я. Фурса, Є.О. Харитонов, О.В. Коротюк [5, с. 167]. Інші дослідники наполягають на тому, що заповіт подружжя може містити розпорядження лише стосовно їх спільного майна, тобто майна, набутого подружжям за час шлюбу, незалежно від того, що один із них не мав із поважної причини (навчання, ведення домашнього господарства, догляд за дітьми, хвороба тощо) самостійного заробітку (доходу) (І.В. Жилинкова, Ю.О. Заїка, З.В. Ромовська) [5, с. 167–168].

Ми підтримуємо думку тих науковців, позиція яких ґрунтується на спільному майні подружжя, адже щодо цього в законодавстві міститься чітка імперативна норма, а саме в ч. 1 ст. 1243 ЦК України зазначено, що подружжя має право скласти спільний заповіт щодо майна, яке належить йому на праві спільної сумісної власності [2].

Відповідно до ч. 2 ст. 1243 ЦК України можемо виокремити одну з ознак заповіту подружжя, а саме те, що в разі його складання частка у праві спільної сумісної власності після смерті одного з подружжя переходить до другого з подружжя, який його пережив, а у разі смерті останнього право на спадкування мають особи, визначені подружжям у заповіті [2].

Коментуючи положення зазначеної статті, С.Я. Фурса та Є.І. Фурса наголошують на тому, що дієслово «переходить» не означає те, що майно померлого з подружжя переходить у власність другого, оскільки після смерті того з подружжя, хто пережив, майно перейде до спадкоємців, на користь яких складено заповіт. На цій підставі формується висновок, що після смерті одного з подружжя майно переходить не у власність, а у володіння та користування другого з подружжя, про що свідчить ч. 4 ст. 1243 ЦК України [2], оскільки після накладення нотаріусом заборони відчуження майна, зазначеного у заповіті, другий із подружжя не зможе розпорядитися ним, тобто продати, подарувати, заставити, обміняти. Близько до цього висловлюється Н.В. Демиденко, стверджуючи, що після смерті першого з подружжя майно переходить до того, хто пережив, у володіння та користування [5, с. 168]. Це аналогічно пояснюється положенням ч. 4 ст. 1243 ЦК України про накладення нотаріусом заборони відчуження [2].

Однак тут головне, на що потрібно звернути увагу під час реалізації заповіту подружжя, – це факт перевірки смерті одного з подружжя, факт відсутності рішення суду про визнання шлюбу недійсним і наявність спільного майна подружжя, яке зазначене в заповіті, задля накладення заборони відчуження [3, с. 46].

Слід зазначити, що накладення заборони відчуження, з одного боку, спрямоване на захист права спадкоємця, який зазначений у заповіті, оскільки ще за життя обох спадкодавців вони спільною волею вирішили, хто після їх смерті має спадкувати належне їм на правах спільної сумісної власності майно, а з іншого боку, обмежує право власності того з подружжя, який залишився живим. Після смерті останнього з подружжя право на спадкування набувають особи, визначені подружжям у заповіті. За умови складення спільного заповіту інший з подружжя, який може пережити померлого з подружжя на п'ять, десять

років тощо, вже позбавлений можливості розпорядитися майном, на яке накладено заборону. Іноді життєві обставини можуть скластись по-різному, тому подружжя має чітко володіти інформацією про цей вид заповіту та його правові наслідки [3, с. 45].

Виходячи з вищевикладеного, можемо визначити юридичний сенс заповіту подружжя, який полягає в такому:

- одержання спадщини на майно, яке було спільною сумісною власністю, тією особою, яка була обрана за домовленістю подружжя;

- той із подружжя, який пережив іншого, продовжує жити у звичайному для нього майновому середовищі, а якщо майно зареєстроване на його ім'я, то він не повинен звертатись до нотаріуса за оформленням спадщини на зазначене в заповіті спільне майно, лише зобов'язаний інформувати нотаріуса про смерть подружжя для накладення заборони відчуження майна, зазначеного в заповіті подружжя;

- до відносин, що виникають у заповіті подружжя, не застосовуються правила про обов'язкову частку в спадщині [1, с. 43], передбачені ст. 1241 ЦК України [2].

Слід зазначити, що заповіт подружжя дає змогу сімейній парі грамотніше вирішити питання спадкування їх спільних активів, уникаючи дроблення спадкового майна. Крім того, така форма заповіту здатна відстрочити момент, коли небажані спадкоємці зможуть оформити свою обов'язкову частку у спадщині [6].

Однак, незважаючи на це, все ще є питання, які потребують законодавчого врегулювання. Зокрема, яка доля спадкового майна, щодо якого було складено спільний заповіт подружжя, після смерті одного з подружжя та накладення на майно заборони, якщо особа, яка призначена спадкоємцем у спільному заповіті, також помирає? Наступне законодавчо невизначене питання стосується дійсності заповіту подружжя, якщо один із подружжя визнаний недієздатним, а шлюб з ініціативи іншого з подружжя буде розірвано. Також у законодавстві немає чіткої норми, яка б визначала правові наслідки спільного заповіту подружжя, коли після смерті одного з подружжя шлюб буде визнано недійсним [1, с. 43–44].

Так, проаналізувавши судову практику, а саме абз. 2 п. 16 Постанови пленуму Верховного Суду України «Про судову практику у справах про спадкування» від 30 серпня 2005 року, зазначаємо, що заповіт є правочином, на нього поширюються правила про правочини, зокрема про підстави та наслідки недійсності заповіту. Згідно з рішенням з Єдиного державного реєстру судових рішень, узагальнень судової практики, найбільше судових спорів виникає після смерті одного з подружжя, коли інший відмовляється від заповіту подружжя або коли спадкоємець у заповіті подружжя просить захистити його інтереси шляхом накладення заборони відчуження майна, зазначеного в заповіті. Однак з огляду на складність конструкції цього виду заповіту предметом судового розгляду, як правило, виступають спори, пов'язані з практичною реалізацією ст. 1243 ЦК України [2]. Так, головними аспектами під час посвідчення заповіту подружжя, на яких суди наголошують, слугують обов'язкова присутність чоловіка та дружини під час посвідчення заповіту (заборона посвідчення через представника); чітке встановлення та перевірка правосуб'єктності осіб, а саме подружжя, які звернулись для вчинення нотаріальної дії; обізнаність кожного з подружжя про наслідки підписання заповіту подружжя (вважаємо, що у заповіті бажано зазначити не лише статті, але й зміст самої правової норми, роз'яснювати вимоги цивільного та сімейного законодавства, що буде підтверджуватися підписами подружжя на такому заповіті). Оскільки заповіти подружжя підлягають зберіганню 75 років, що передбачено номенклатурою справ нотаріуса, вони мають оформлюватися з урахуванням вимог чинних законодавчих актів, підзаконних нормативно-правових

актів [3, с. 45], зокрема Правил нотаріального діловодства, затверджених Наказом Міністерства юстиції України від 22 грудня 2010 року № 3253/5 [7].

Отже, інститут спільного заповіту подружжя потребує більш детального вивчення та вдосконалення на законодавчому рівні. Зокрема, до цивільного законодавства задля уникнення непорозумінь у практичній діяльності, доцільно внести такі зміни:

– зазначити правові норми, які б регулювали долю заповіту подружжя у разі визнання шлюбу недійсним чи його розірвання, визнання одного з подружжя недієздатним, безвісти відсутнім чи оголошення померлим;

– можливість зазначити в заповіті подружжя не лише те майно, яке належить їм на праві спільної сумісної власності, але й те, що належить на праві приватної власності.

Висновки. Спільний заповіт подружжя – це альтернатива простому заповіту, яка спрямована на збереження

цілісності спадкового майна та контролю над ним. Досі не існує чіткої позиції серед науковців щодо наявності цього інституту в цивільному законодавстві. Дослідивши це питання, можемо зазначити, що існують як позитивні, так і негативні моменти. Однак для більш чіткої реалізації інституту спільного заповіту в практичній діяльності потрібно деталізувати деякі питання, щоб мінімізувати в цьому разі виникнення суперечностей, що в подальшому приводить до звернення до суду. Насамперед це чітке дотримання процедури укладення цього виду заповіту, внесення змін до законодавства, спрямованих на регулювання правових питань спільного заповіту в разі недійсності шлюбу чи його розірвання. Усунення зазначених прогалин та роз'яснення в питаннях цього дослідження дадуть змогу спростити процедуру використання спільного заповіту та підвищити його ефективність на практиці.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тисівська Я.В. Правова природа заповіту подружжя та його основні переваги і недоліки. *Держава та регіони. Серія: Право*. 2017. Вип. 2. С. 42–45.
2. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 року № 435-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 40–44. Ст. 356. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
3. Куценко І.В. Заповіт подружжя: окремі питання правозастосування. *Мала енциклопедія нотаріуса*. 2016. № 6. С. 43–46. URL: <http://yurradnik.com.ua/wp-content/uploads/2016/12/Kutsenko.pdf>.
4. Парасюк М.В. Особливості укладення заповіту подружжя. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ*. 2016. Вип. 3. С. 91–100. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvlduvs_2016_3_12.
5. Кухарев О.Є. Сутність заповіту подружжя за цивільним законодавством України. *Форум права*. 2016. № 3. С. 167–173.
6. Лисик Д.В., Войнаровська О.М. Шлюбні лайфхаки: спадкове планування подружжя. *Сімейний бізнес*. 2020. № 13. URL: <https://vkr.ua/publication/shlyubni-layfkhaki-spadkove-planuvannya-podruzzhzha> (дата звернення: 05.04.2021).
7. Правила нотаріального діловодства від 22 грудня 2010 року № 3253/5 / Міністерство юстиції України. 2010. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1318-10#Text> (дата звернення: 02.04.2021).

АНАЛІЗ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ДОГОВОРУ ПЕРСОНАЛІЗОВАНОГО ЗБЕРІГАННЯ АНАТОМІЧНОГО МАТЕРІАЛУ БІОБАНКОМ

ANALYSIS OF THE LEGAL NATURE OF THE CONTRACT OF PERSONALIZED STORAGE OF ANATOMICAL MATERIAL BY THE BIOBANK

Пронік С.В., студентка II курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Коробцова Н.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права № 1

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено правову природу одного з договорів, який укладається у сфері надання медичних послуг, а саме договору персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу.

На основі аналізу конкретних договорів, укладених із медичними установами, які надають послуги щодо персоналізованого зберігання біологічного матеріалу людини, та праць науковців, таких як Н. Квіт, О. Омельченко, визначено місце цього договору серед інших договорів. Проаналізовано юридичну характеристику, зазначено особливості деяких положень договору. Проаналізовано законодавство, що регулює медичну сферу, для формування розуміння особливостей цього договору у зв'язку зі специфічною сферою його укладання. Визначено нюанси, характерні для такого договору зберігання.

Наголошено на тому, що у вітчизняному законодавстві є прогалини щодо регулювання діяльності медичних установ, з якими укладаються договори персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу. Наявна нормативна база щодо цього питання є доволі вузькою та потребує більш детальної регламентації окремих питань, зокрема питання найменування медичних закладів, отже, запропоновано використання терміну «біобанк».

Зазначено, що аналізований договір належить до договорів з надання послуг. Залежно від моменту виникнення прав та обов'язків сторін він може бути консенсуальним або реальним. З огляду на характер розподілу прав та обов'язків він визнається двостороннім. Він належить до оплатних договорів, оскільки наявна еквівалентність відносин, характеризується виключним суб'єктивним складом, має алеаторний характер у зв'язку з можливістю передачі об'єкта для зберігання у майбутньому. Розкрито предмет і форму, всебічно проаналізовано сторони договору.

Досліджено проблемні питання деяких положень договору, зокрема проблему найменування сторони, яка передає матеріал для зберігання, доцільність використання терміна «донор» та нюанс укладення договору в інтересах дитини, запропоновано альтернативні шляхи їх вирішення.

Зазначено, що аналізований договір укладається з приватними медичними установами, отже, він відрізняється від такого ж договору з державним медичним закладом.

Ключові слова: договір, клієнт, біобанк, зберігання анатомічного матеріалу, донор, надання послуг, послуга зберігання, збереження об'єктів.

The article examines the legal nature of one of the contracts concluded in the field of medical services, namely the contract of personalized storage of anatomical material.

Based on the analysis of specific agreements concluded with medical institutions that provide services for personalized storage of human biological material, and the work of scientists such as N. Kvit, O. Omelchenko, the place of this agreement among other agreements is determined. The legal characteristics are analyzed; the peculiarities of some provisions of the agreement are noted. Analysis of the legislation governing the medical field to form an understanding of the specifics of this agreement in connection with the specific scope of its conclusion. Identify the nuances characteristic of such a storage contract.

It is emphasized that there are gaps in the domestic legislation on the regulation of medical institutions, with which contracts for personal storage of anatomical material are concluded. The existing regulatory framework on this issue is quite narrow and requires more detailed regulation of certain issues, including the name of medical institutions, the use of the term "biobank" is proposed.

It is noted that the analyzed contract refers to service contracts. Depending on when the rights and obligations of the parties arise, it can be consensual or real. Due to the nature of the division of rights and responsibilities, it is recognized as bilateral. Refers to payment agreements, as there is an equivalence of relations. It is characterized by an exclusive subject composition, has an aleatory character due to the possibility of transferring the object for storage in the future. The subject and form are revealed, the parties to the contract are comprehensively analyzed.

Problematic issues of some provisions of the contract are studied, in particular the problem of the name of the party who transfers the material for storage, the expediency of using the term "donor" and the nuance of concluding a contract in the interests of the child.

It is noted that the analyzed contract is concluded with private medical institutions, so it differs from the same contract with a state medical institution.

Key words: contract, client, biobank, storage of anatomical material, donor, provision of services, storage service, preservation of objects.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток медицини, що обумовлюється появою нових процедур та методик лікування, інноваційними відкриттями та розробленням високотехнічного устаткування, стимулює сферу юриспруденції створювати гнучку нормативно-правову базу, яка б ефективно регулювала усі запити. Одним із таких запитів є правове регулювання збереження спеціалізованими медичними установами анатомічних матеріалів людини, які можуть бути використанні нею у майбутньому. Зокрема, йдеться про збереження пуповинної крові, плацентарних тканин, репродуктивних клітин та іншого анатомічного матеріалу. У сучасному цивільному праві виникла проблема з'ясування правової природи договірного

регулювання правовідносин між медичними установами, які надають послуги зі збереження анатомічного матеріалу, та особами, які передають матеріал на зберігання.

Актуальність. Актуальність означеної проблеми пов'язана з тим, що індустрія біобанкінгу, яка здійснює цю специфічну господарську діяльність, виникла порівняно нещодавно, тож, правове регулювання цієї сфери перебуває на стадії розроблення. Окрім того, правове регулювання необхідне через тенденцію зростання ролі персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу у зв'язку з високою онкологічною захворюваністю після катастрофи на Чорнобильській АЕС та відсутністю можливості неродинних трансплантацій [1]. Якщо врахувати

сучасні реалії, а саме вплив пандемії коронавірусної хвороби Covid-19, стрімке збільшення клінічних протоколів з використанням стовбурових клітин, нюанси сумісності донорів та реципієнтів, а також розвиток репродуктології, то актуальність проблеми не підлягає сумніву.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, які займаються вивченням питання збереження анатомічного матеріалу біобанками, можна назвати таких, як Н. Квіт, О. Омельченко, В. Задорожна, М. Колеснікова, С. Мартиненко, Х. Насадюк, В. Шаблій.

Метою статті є дослідження правової природи договору персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу, визначення місця цього договору серед інших договорів, аналіз юридичної характеристики договору, аналіз відносин, які регулюються цим договором, аналіз законодавства, яке регулює сферу укладання цього договору, визначення недоліків правового регулювання.

Виклад основного матеріалу. Насамперед слід зазначити, що в українському законодавстві відсутній нормативно-правовий акт, який би визначав та регулював діяльність усіх установ, які надають послуги зі зберігання біологічних матеріалів. Існує термін «банк пуповинної крові, інших тканин і клітин людини», але він не охоплює усі медичні установи, які здійснюють таку специфічну господарську діяльність. На нашу думку, було б доцільним дещо розширити межі визначення назви цих установ шляхом використання терміна «біобанк». Ольга Омельченко в одній зі своїх робіт зазначає, що «слово «біобанк» і похідні від нього слова є лаконічними, і воно має достатньо чітке змістове навантаження, на відміну від громіздкого словосполучення «банк пуповинної крові, інших тканин і клітин людини», що застосовується в нині чинному законодавстві. Перелічені в зазначеному словосполученні види біологічних матеріалів людини не є вичерпним колом біозразків, які можуть братися з людського організму, а тому використання такого словосполучення недоцільно через його «обмеженість» і неповноту» [2, с. 84].

Проаналізувавши наявну вітчизняну законодавчу базу з цього питання, доходимо висновку, що надання послуг щодо персоналізованого зберігання анатомічних матеріалів базується на договорах.

Біобанки надають послуги зі зберігання, тож, договір, на основі якого вчиняються подібні дії, слід віднести до договорів про надання послуг зі зберігання. Відповідно до статті 936 Цивільного Кодексу України (далі – ЦК), за договором зберігання одна сторона (зберігач – біобанк) зобов'язується зберігати річ, яка передана їй другою стороною (поклаждодавцем – клієнтом банку), і повернути її поклаждодавцеві у схоронності [3].

Аналіз змісту цього договору свідчить про те, що він «виходить за межі» класичного договору зберігання і може розглядатися як комбінований (змішаний) договір, а це повинно впливати на його правове регулювання.

Існує також інша точка зору щодо правової природи цього договору. Оскільки метою укладення договору персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу є так зване медичне страхування, то існує наукова позиція про визнання цього договору договором медичного страхування. Її прихильники зазначають, що збережений матеріал є страховою виплатою у разі настання страхового випадку – хвороби, яка може бути вилікувана шляхом застосування для лікування збереженого матеріалу [4, с. 276].

На нашу думку, прирівнювати страхову виплату, яка може виражатися лише у грошовій формі відповідно до частини 2 статті 9 Закону України «Про страхування», до видачі матеріалу, збереженого біобанком, є недоцільним та некоректним [5].

Договір персоналізованого зберігання анатомічного матеріалу є консенсуальним, тобто таким, що вважається укладеним із моменту досягнення згоди щодо всіх істот-

них умов договору. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів «Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я» від 2 березня 2016 року № 286 (далі – Постанова № 286), медичні установи, з якими укладається аналізований у цій статті договір, визнані суб'єктами господарювання, які здійснюють зберігання на засадах підприємницької діяльності після отримання відповідної ліцензії [6]. Проте слід зазначити, що є випадки, коли такі договори можуть бути реальними. У разі збереження молочних зубів договір вважається укладеним після безпосередньої передачі цього анатомічного матеріалу.

Договори щодо персоналізованого збереження генетичного матеріалу є двосторонніми договорами. Це означає, що обидві сторони договору наділені правами та обов'язками. Банк зобов'язується якісно надати клієнту основну послугу – зберігання, а також інші послуги, передбачені умовами договору, а клієнт зобов'язаний сплачувати кошти за їх надання. Перелік прав клієнта є доволі широким, оскільки він одночасно має статус пацієнта, а це дещо розширює доступний йому спектр прав. Щодо прав біобанку, то вони можуть варіюватися залежно від умов договору. Обидві сторони мають право на зміну умов договору та його розірвання.

Договори щодо зберігання пуповинної крові належить до оплатних договорів. Ліцензована господарська діяльність банків пуповинної крові, яку провадять відповідні суб'єкти господарювання, здійснюється за рахунок функціонування цих суб'єктів на комерційній основі. Їх послуги оплачуються зацікавленими особами, котрі укладають договори. Ціна за послуги зі зберігання біологічного матеріалу визначається в індивідуальному порядку та залежить від специфіки об'єкта, який зберігається. Біобанк встановлює фіксовану ціну на зберігання конкретного виду генетичного матеріалу, але залежно від побажань клієнта та особливостей супроводу саме його матеріалу ціна може дещо відрізнитися від загального тарифу.

На практиці існує декілька моделей оплати послуг, а саме щомісячні та щорічні платежі, платежі за більш тривалі періоди (від 2 років і більше). Подібні терміни встановлюються в індивідуальному порядку з урахуванням побажань клієнта.

Строк зберігання, від якого безпосередньо залежить кількість платежів, також встановлюється залежно від потреб клієнта. У договорі може бути встановлений конкретний строк або закріплене положення щодо безстроковості такого договору.

Відповідно до частини 2 статті 936 ЦК, на особу-зберігача, що здійснює діяльність зі зберігання на засадах підприємницької діяльності (професійний зберігач), може бути покладений обов'язок зберігати річ, яка буде передана їй у майбутньому. Можливість передати на зберігання річ у майбутньому дає змогу віднести цей договір до алеаторних (ризикових). Оскільки зберігач зобов'язується прийняти об'єкт зберігання в майбутньому, то не можна виключати ймовірності виникнення ризиків, які не залежать від волі сторін договору. Договір про передачу пуповинної крові та плацентарних тканин укладається ще під час вагітності, тож, він пов'язаний із ризиками, які можуть виникнути під час перебігу цього біологічного стану особи (ускладнення під час самої вагітності/пологів, які можуть призвести до неможливості забору генетичного матеріалу), під час передачі репродуктивних клітин на кріоконсервацію та зберігання в ході їх вилучення, медичного оброблення та дослідження також існують певні ризики. Крім того, ризики існують навіть під час безпосереднього виконання умов договору, адже кріоустановка можуть раптово вийти з ладу з причини, які не залежать від біобанку. Галина Яновицька зазначає, що потрібно

зв'язати на те, що навіть за якісного надання різних видів послуг, в тому числі медичного характеру, виконавець не може гарантувати досягнення належного корисного ефекту послуги [7, с. 245].

Особливістю укладення договорів з біобанками є необхідність існування специфічних передумов. Ними повинні бути підтверджені факт вагітності, проходження певних обстежень щодо можливості вилучення конкретного біологічного матеріалу, перевірки, які спрямовані на гарантування безпеки матеріалу та відсутності певних інфекцій.

Предметом аналізованого договору є послуга зі збереження об'єктів. Такими об'єктами можуть бути пуповинна кров, пуповинні та плацентарні тканини, молочні зуби, стовбурові клітини, статеві клітини та інші тканини тіла людини. Для кожного об'єкта передбачено спеціальний договір з урахуванням особливостей саме цього генетичного матеріалу. Це безпосередньо впливає на правову природу таких договорів.

Оскільки біобанк надає послугу зберігання біологічних об'єктів, для належного виконання цієї послуги необхідно додержання необхідних умов транспортування матеріалу, дотримання клінічних протоколів щодо дослідження генетичного матеріалу тощо, тобто, крім послуги зі збереження анатомічного матеріалу, біобанки надають інші послуги, такі як транспортування, проведення лабораторних досліджень та надання професійних висновків, підготовка та безпосередня кріоконсервація генетичного матеріалу.

Окрім того, цей перелік послуг не є вичерпним. Спектр доступних послуг обмежується лише матеріально-технічним забезпеченням конкретної установи та наявністю професійних кадрів, які мають відповідну освіту та дозволи на проведення процедур, котрі необхідні клієнтам. Усі послуги мають надаватися відповідно до чинного законодавства (наприклад, процес забору пуповинної крові повинен здійснюватися відповідно до Наказу Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку забору та тимчасового зберігання пуповинної (плацентарної) крові та/або плаценти» від 10 липня 2014 року № 481) [8].

Аналізований договір характеризується виключним суб'єктом складом. Зберігачем може бути лише суб'єкт господарювання, який провадить відповідну господарську діяльність та має ліцензію, отриману відповідно до вимог Постанови № 286. Дія Ліцензійних умов поширюється на всіх юридичних осіб незалежно від їх організаційно-правової форми та фізичних осіб-підприємців, які провадять господарську діяльність із медичної практики. Іншою стороною – клієнтом – може бути лише фізична особа. Забір анатомічного матеріалу для іменного зберігання передбачає, що цей анатомічний матеріал призначений для користування у персональних інтересах саме конкретної людини, тому саме фізична особа є обов'язковою стороною цього договору з урахуванням обсягу її дієздатності. Повнолітня особа укладає договір у власних інтересах самостійно, а в разі укладення договору на користь малолітньої особи договір укладається її батьками або іншими законними представниками. Оскільки біологічний матеріал належить дитині й буде використовуватись лише в її інтересах, але через недостатній обсяг цивільної дієздатності вона не має змоги укласти такий договір самостійно, подібні договори укладаються в її інтересах та визнаються договорами за участю й на користь третьої особи.

Під час укладення договорів з біобанками виникає проблема правового положення особи, яка надає генетичний матеріал на зберігання. У науковій літературі та вітчизняному законодавстві таку особу називають донором. Стаття 1 Закону України «Про безпеку та якість донорської крові та компонентів крові» закріплює визначення поняття «донорство крові та компонентів крові» як добровільний акт людини, що полягає у донації крові та/або компонентів крові для подальшого використання їх для трансфузії, виготовлення лікарських засобів, медичних виробів

або використання у наукових дослідженнях [9], тобто донор – це особа, яка добровільно надає свій анатомічний матеріал для використання з певною чітко окресленою метою. Закон України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині» надає декілька визначень поняття «донор»: донор анатомічних матеріалів людини – живий донор чи донор-труп, у якого в установленому цим Законом порядку вилучаються анатомічні матеріали для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів; живий донор – повнолітня дієздатна фізична особа, яка добровільно надала згоду на вилучення у неї анатомічних матеріалів для трансплантації, та у визначеному цим Законом випадку особа віком до 18 років, згоду на вилучення у якої гемопоетичних стовбурових клітин надано відповідно нею особисто та (або) її батьками або іншими законними представниками; донор-труп – померла особа, щодо якої в установленому цим Законом порядку отримано згоду на вилучення з її тіла анатомічних матеріалів для трансплантації та/або виготовлення біоімплантатів [10].

Проаналізувавши всі ці визначення, доходимо висновку, що донор – це особа, котра передає свій біологічний матеріал безпосередньо для використання задля лікування, трансплантації тощо. У контексті проблеми зберігання анатомічного матеріалу на персоналізованих засадах стає зрозумілим, що називати донором сторону, яка передає цей анатомічний матеріал, не є доречним, оскільки біологічний матеріал може взагалі ніколи не використовуватись для лікування особи. Наукові дослідження потенціалу стовбурових клітин пуповинної крові продовжуються, а це свідчить про те, що людству достеменно не відомі усі можливості цього генетичного матеріалу, тому його збереження є доцільним із позицій забезпечення умов для персоналізованого використання у майбутньому, якщо виникне така потреба. Чітко окреслити, для чого може використовуватись цей анатомічний матеріал конкретної особи, неможливо, тим паче існує вірогідність його невикористання взагалі, тому жодне визначення поняття «донор» із чинного законодавства не може бути використано для аналогії під час визначення сторін укладення договорів у сфері біобанкінгу.

Також існують суперечності щодо розуміння того, хто є донором пуповинної крові: мати чи новонароджена дитина. Плід знаходиться у тілі матері, під час свого розвитку використовує ресурси тіла матері, щоби створити свої власні, пуповина є з'єднувальним каналом між ними, саме через неї проходить весь обмін, але стовбурові клітини генетично є клітинами плоду, а не матері. Наталія Квіт в одному зі своїх досліджень звертає увагу на те, що подібні договори укладають батьки, виходячи з інтересів дитини, отже, презюмується, що генетичний матеріал належить дитині, а вони розпоряджаються ним від її імені. У більшості аналізованих договорів зазначено, що дитина, анатомічний матеріал якої передано на зберігання, може здійснювати будь-які дії з цим матеріалом лише після досягнення повноліття. Дослідниця вважає, що подібний нюанс треба врегулювати детальніше, оскільки особа може набути повної цивільної дієздатності і з 16 років [4, с. 301].

На нашу думку, недоцільно використовувати термін «донор», особливо в цьому аспекті. В зарубіжних країнах використання цього терміна під час найменування однієї зі сторін є звичним явищем, оскільки законодавством передбачено існування як приватних, так і державних банків пуповинної крові, специфіка діяльності яких різниться. У разі передавання анатомічного матеріалу державному банку особа визнається донором, адже надає його добровільно, безоплатно та на альтруїстичних засадах для використання іншими особами, підписує інформовану згоду. У разі підписання договору з приватним банком пуповинної крові особа є клієнтом, яка передає анатомічний матеріал для власних інтересів та вносить кошти за його зберігання. Якщо потреба у послугах саме цього банку зникне, особа має право забрати надані зразки

генетичного матеріалу і звернутися до іншої установи. Якщо потреба у збереженні пуповинної крові зникне зовсім, то банк зобов'язаний знищити зразки. Державний банк подібного не вчиняє [4, с. 300]. Оскільки всі подібні українські медичні установи перебувають у приватній власності, використання терміна «донор» є необґрунтованим. Сторону, яка передає пуповинну кров, варто найменувати поклажаодавцем (відповідно до статті 936 ЦК) або замовником чи клієнтом (відповідно до статті 901 ЦК). Подібне найменування не викликає тиме суперечностей і проблем у подальшому.

Слід зазначити, що для аналізованого договору характерною ознакою є виникнення довірчих відносин між сторонами договору. Клієнт довіряє певну персональну конфіденційну інформацію про особисте життя та здоров'я, а біобанк зобов'язується не розголошувати цю інформацію, поширюючи на неї режим лікарської таємниці.

Форма договору повинна відповідати вимогам статті 639 ЦК. Чинним законодавством не затверджено єдиного зразка договору щодо персоналізованого збе-

рігання генетичного матеріалу, тож, договори з різними установами можуть дещо різнитись. Договір укладається виключно у письмовій формі.

Висновки. Договори щодо спеціалізованого зберігання анатомічного матеріалу біобанками належать до договорів з надання послуг (опосередковують собою послуги зі зберігання), є консенсуальними або реальними, двосторонніми та оплатними, характеризуються виключним суб'єктивним складом (біобанки та фізична особа), мають алеаторний характер.

Сьогодні багато питань стосовно вибраної тематики залишаються невирішеними та нерегульованими, тому існує необхідність прийняття відповідного нормативно-правового акта щодо визначення правової природи, специфіки, захисту прав суб'єктів у договорах з надання послуг зі зберігання генетичного матеріалу біобанками. Це обумовлюється, зокрема, стрімким розвитком сфери кріобанкінгу й наявністю певних прогалин у чинному законодавстві стосовно регулювання цієї сфери.

ЛІТЕРАТУРА

1. Nasadyuk C., Makhinya A., Zak S. Current status and perspectives of cryostorage and clinical application of the umbilical cord blood in Ukraine and in the world. *Cell and Organ Transplantology*. 2015. Vol. 3. № 2. P. 208–213.
2. Омельченко О. Щодо необхідності впровадження поняття та юридичної категорії «біобанк» в українському законодавстві. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2018. № 1. С. 81–87.
3. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15> (дата звернення: 16.04.2021).
4. Квіт Н. Цивільно-правові форми створення та використання біобанків в Україні : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03. Львів, 2020, 494 с.
5. Про страхування : Закон України від 7 березня 1996 року № 85/96-ВР / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/85/96-вр#Text> (дата звернення: 16.04.2021).
6. Про затвердження Ліцензійних умов провадження господарської діяльності банків пуповинної крові, інших тканин і клітин людини згідно з переліком, затвердженим Міністерством охорони здоров'я : Постанова Кабінету Міністрів від 2 березня 2016 року № 286. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/286-2016-п#Text> (дата звернення: 16.04.2021).
7. Яновицька Г. Цивільно-правові засоби захисту прав споживачів в Україні : монографія. Львів : Растр-7, 2018. 400 с.
8. Про затвердження Порядку забору та тимчасового зберігання пуповинної (плацентарної) крові та/або плаценти : Наказ Міністерства охорони здоров'я України від 10 липня 2014 року № 481 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0869-14#Text> (дата звернення: 16.04.2021).
9. Про безпеку та якість донорської крові та компонентів крові : Закон України від 30 вересня 2020 року № 931-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/931-20#Text> (дата звернення: 16.04.2021).
10. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людини : Закон України від 17 травня 2018 року № 2427-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2427-19#Text> (дата звернення: 16.04.2021).

ДОСТОВІРНІСТЬ У ЦИВІЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ УКРАЇНИ

RELIABILITY IN THE CIVIL PROCEDURE OF UKRAINE

Ратушна Б.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри права

Львівський національний аграрний університет

Грещук Г.І., д.е.н., доцент,
завідувач кафедри права

Львівський національний аграрний університет

У статті здійснено науковий аналіз достовірності як вимоги до доказування у цивільному процесі України. Виявлено, що достовірність та ймовірність є синонімічними характеристиками результату пізнання. Висловлено міркування про те, що коли йдеться про судові знання, то потрібно використовувати термін «достовірність» як таку їх характеристику, що означає максимальне наближення суду до повного й правильного встановлення фактичних обставин судової справи. Встановлено, що Європейський суд з прав людини у своїй прецедентній практиці надає великого значення такій якісній характеристиці доказів, як достовірність. З погляду ЄСПЛ, достовірність доказів є їх важливою ознакою, яка іноді може домінувати над іншими вимогами до якості доказів, зокрема над вимогою про допустимість доказів. Аналіз Цивільного процесуального кодексу України свідчить про те, що в низці статей цього нормативного-правового акта, які тою чи іншою мірою стосуються доказування, також вживається термін «достовірність» чи «достовірний». Однак достовірність має характеризувати не лише докази, але й результат судового пізнання у кожній цивільній справі. Встановлено, що в зв'язку з посиленням змагальних засад цивільного судочинства України результатом судового доказування у цивільній справі є не встановлення істини, а встановлення обставин цивільної справи з високим ступенем наближення до істини. Такий результат судового пізнання в практиці Європейського суду з прав людини отримав назву «стандарт доказування». Обґрунтовано доцільність запровадження в чинне цивільне процесуальне законодавство України поняття «стандарт доказування» як результату судового пізнання у цивільній справі. Висловлено сподівання, що запровадження поняття стандарту доказування в цивільний процес України сприятиме подальшій синхронізації прецедентної практики ЄСПЛ з вітчизняним цивільним судочинством.

Ключові слова: цивільний процес, докази, достовірність, стандарт доказування, Європейський суд з прав людини.

The article provides a scientific analysis of reliability as a requirement for proof in civil proceedings in Ukraine. It is revealed that reliability and probability are synonymous characteristics of the result of cognition. It is argued that when it comes to judicial knowledge, the term "reliability" should be used as such a characteristic, which means the maximum approximation of the court to the full and correct establishment of the facts of the case. It has been established that the European Court of Human Rights in its case law attaches great importance to such a qualitative characterization of evidence as credibility.

From the point of view of the European Court of Human Rights, the reliability of evidence is an important feature of it, which can sometimes dominate other requirements for the quality of evidence, in particular the requirement of admissibility of evidence. The analysis of the Civil Procedure Code of Ukraine shows that in a number of articles of this normative legal act, which to some extent relate to evidence, the term "authenticity" or "authenticity" is also used. However, reliability must characterize not only the evidence, but also the result of judicial knowledge in each civil case.

It is established that in connection with the strengthening of the adversarial principles of civil proceedings in Ukraine, the result of judicial evidence in a civil case is not the establishment of the truth, but the establishment of the circumstances of a civil case with a high degree of approximation to the truth. This result of judicial knowledge in the case law of the European Court of Human Rights is called the "standard of proof".

The expediency of introducing the concept of "standard of proof" into the current civil procedural legislation of Ukraine as a result of judicial knowledge in a civil case is substantiated. It is hoped that the introduction of the concept of the standard of proof in the civil process of Ukraine will contribute to the further synchronization of the case law of the European Court of Human Rights with the domestic civil proceedings.

Key words: civil proceedings, evidence, reliability, standard of proof, European Court of Human Rights.

Основним завданням цивільного судочинства України є справедливий розгляд і вирішення цивільних справ задля ефективного захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб, інтересів держави. Таке завдання цивільного процесу є співзвучним зі ст. 6 (п. 1) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [1], відповідно до якої кожен в разі спору про його цивільні права і обов'язки чи під час пред'явлення йому будь-якого кримінального обвинувачення має право на справедливий і публічний розгляд справи протягом розумного строку незалежним та неупередженим судом, створеним на підставі закону.

Справедливий судовий розгляд цивільних справ залежить від багатьох чинників, серед яких вагоме місце посідає належне доказування фактичних обставин за допомогою якісних доказів. Цей факт був неодноразово підтверджений у рішеннях Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ, Суд), адже ознакою якості доказів, з погляду ЄСПЛ, є їх достовірність [2, с. 29–30].

Важливість достовірності в судовому доказуванні визнається науковою спільнотою України. Висловлюються думки про те, що встановлення достовірності – це

основа оцінки доказів [3, с. 73–78], а здатність доказів бути джерелом достовірної інформації у справі має велике значення для її правильного вирішення. Донедавна вимога достовірності доказів не була законодавчо закріплена у цивільному процесі України. Проте редакція Цивільного процесуального кодексу України від 3 жовтня 2017 р. у ст. 79 передбачила таку вимогу до доказів [4].

Слід зазначити, що тема доказів і доказування у цивільному процесі України не обділена увагою науковців-правників, однак з огляду на те, що достовірність доказів є новелою чинного ЦПК України, видається доцільним її дослідити.

Вимога достовірності червоною ниткою пронизує усі аспекти судового доказування і є запорукою належного встановлення обставин цивільної справи. Дещо раніше висловлювалось міркування про те, що достовірність стосується не лише доказів, але й мети доказування, яка полягає в тому, щоби переконати суд у достовірності наведених фактів [5, с. 216]. Слід зазначити, що серед сучасних науковців переважає думка про те, що об'єктивна істина як мета судового доказування, відповідно до якої суд зобов'язується повно й точно встановити всі обставини судової справи, є пережитком радянської судової

системи доказування. Висловлюються міркування про те, що у зв'язку з поглибленням змагальних засад національного судочинства пасивний суд-арбітр встановлює не об'єктивну, а формальну істину, за якої рішення суду має відповідати поданим учасниками судової справи доказам і нормам права, а замість об'єктивної істини, яка не може бути встановлена в судовому правозастосуванні, доцільно запровадити поняття судової достовірності як абсолютно переконливої ймовірності [6, с. 297].

Водночас значного поширення набуває уявлення про те, що знання, які одержує суд у процесі судового пізнання, мають тією чи іншою мірою ймовірнісний характер. Висловлюються міркування про те, що під істиною потрібно розуміти не повну доведеність вини особи у вчиненні правопорушення, а тільки високий ступінь ймовірності такої винуватості, а «встановлення фактичних обставин справи характеризується високим ступенем ймовірності наближення до істини, «просування до істини»» [7, с. 137], що в літературі одержало назву «стандарт доказування».

Поняття стандарту доказування традиційно характерне для країн, де найбільш виражена змагальна модель процесу (Англія, США). Під цим поняттям розуміють формулу доказаності поза розумними сумнівами (*beyond a reasonable doubt*), адже стандарт доказування має на меті не встановити істину, а лише переконати суд у правоті однієї зі сторін [8, с. 453].

Видається, що сутність стандарту доказування треба розглядати крізь призму практики ЄСПЛ, яка закріплює найвищі цінності людства, а саме фундаментальні права та основоположні свободи людини.

Показово, що ЄСПЛ розглядає справи щодо дотримання національними судами вимог ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, виходячи з того, чи був досягнутий «необхідний ступінь (стандарт) доказування» [9, с. 72], а не щодо того, чи була встановлена істина. ЄСПЛ виокремлює два види стандарту доказування, а саме «поза розумними сумнівами» [9, с. 782] і «розумні сумніви» [10, с. 69]. Для кримінальних справ ЄСПЛ застосовує стандарт доказування з найвищим ступенем достовірності, а саме «поза розумними сумнівами». У цивільних справах такий стандарт доказування задовольняється середнім ступенем впевненості, оскільки від сторони вимагається доказати свою позицію на балансі простої ймовірності: більш імовірно, ніж ні (справа «Грейсон і Барнем проти Сполученого Королівства»). Це, зокрема, було підтверджено Судом в п. 65 рішення у справі «Коробов проти України» [11].

Варто зазначити, що в законодавстві США також закріплені різні стандарти доказаності для кримінальних і цивільних справ, такі як «практична достовірність – поза розумними сумнівами» і «конкуренція ймовірностей – від більшості (50%+1) доказів» [12, с. 91–95].

Наукова спільнота України загалом позитивно оцінює запровадження стандарту доказування в судове правозастосування замість об'єктивної істини і пропонує різні класифікації цього поняття. На наш погляд, більш виправданим є поділ стандарту доказування на достовірний (поза розумними сумнівами) та ймовірний.

Очевидно, не можна оминати увагою питання про співвідношення понять «ймовірність» та «достовірність» у судовому пізнанні. Характерно, що в українському словнику синонімів слово «ймовірність» визначено як синонім слова «достовірність», а саме те, що не викликає сумніву, наближене до правди, справжнього стану речей [13, с. 284].

Водночас низка авторів, загалом ототожнюючи ці терміни, вказує на певні їх етимологічні особливості. Зокрема, під достовірністю розуміють «не що інше, як ймовірність, але таку, яку будь-яка розсудлива людина безперечно вважатиме достовірністю з огляду на свій досвід, добутий в результаті практичної діяльності» [14, с. 112].

На думку О.В. Аверіна, ймовірність події має бути доказана так, щоб вона стала достовірністю [6, с. 281].

Зауважимо, що англійські юристи говорять про стандарт доказування для того, щоб визначити до якого ступеня достовірності повинна доказувати сторона, на якій лежить тягар доказування [15, с. 448]. «Для визнання людини винною вимагається така достовірність, якою керується кожен у найважливіших справах свого життя» [14, с. 112].

Отже, достовірність та ймовірність є синонімічними характеристиками результату пізнання. Проте, на наш погляд, коли йдеться про судові знання, потрібно використовувати термін «достовірність» як таку їх характеристику, що означає максимальне наближення суду до повного й правильного встановлення фактичних обставин судової справи.

Дотримання у певній справі стандарту доказування визначається наявністю в суду внутрішнього переконання в тому, що фактичні обставини справи встановлено правильно. Відомий англійський суддя А. Деннінг вважав, що наше «внутрішнє переконання» можна зіставити зі стандартом доказування [15, с. 448]. Висловлюються міркування, що за допомогою суддівського переконання ймовірність трансформується в судову достовірність [6, с. 298–299].

Отже, стандарт доказування – це певна умовна межа, за якою кількісна характеристика знань, отриманих судом у процесі розгляду справи, переходить у таку їх якість, що дає підстави суду ухвалити правосудне, на його думку, рішення.

Тепер повернемося до питання достовірності доказів у цивільному процесі України. Відповідно до ст. 79 Цивільного процесуального кодексу України, достовірними є докази, на підставі яких можна встановити дійсні обставини справи. Формулювання більш ніж лаконічне. Однак науковці-правники висловили свої міркування щодо розуміння сутності поняття достовірності доказів. Домінуючою є позиція, відповідно до якої достовірність доказів означає відповідність одержаних судом фактичних даних об'єктивній дійсності. Також висловлюються думки про те, що достовірність певною мірою стосується належності доказів, оскільки обидві ці ознаки характеризують зміст доказів, але якщо належність просто вказує на наявність якого-небудь зв'язку фактичних даних із фактами та обставинами справи, то достовірність характеризує відповідність цього зв'язку дійсності [16, с. 48–53]. Сучасні наукові дослідження доводять, що під достовірністю доказів слід мати на увазі такий рівень правдивості доказових відомостей, що дає змогу суду з високим ступенем ймовірності бути переконаним в існуванні або неіснуванні фактів чи обставин, які входять до предмета доказування, а також визнати відповідні дані доказами [17, с. 169].

Характерно, що Європейський суд з прав людини вважає достовірність доказів їх важливою ознакою, яка іноді може домінувати над іншими вимогами до якості доказів, зокрема над вимогою про допустимість доказів. На думку ЄСПЛ, має бути врахована якість доказів, зокрема те, чи викликають обставини, за яких вони були отримані, будь-який сумнів щодо їхньої достовірності й точності [18, с. 442–443]. Причому Суд вважає, що деякі докази, отримані з грубими порушеннями окремих прав громадян, мають бути безумовно визнані недопустимими, проте в деяких випадках, навпаки, висловлюється проти автоматичного вилучення належних і важливих матеріалів з-поміж доказів у зв'язку з порушеннями під час їх отримання [19, с. 22–23]. Можуть бути, на думку Суду, використані в доказуванні (якщо це допускається законодавством відповідної держави) і докази, отримані з порушенням права на повагу до особистого і сімейного життя, закріпленого у ст. 8 Конвенції, якщо немає сумніву в їх достовірності (справа «Биков проти Росії») [20, с. 109–147]. Іноді Суд відмовляється розглядати зв'язок між тим, чи була під час попереднього слідства дотримана встанов-

лена законом процедура збирання доказів і справедливості судового розгляду, якщо тільки дійде висновку, що заявник мав можливість оспорювати докази й виступати проти їх використання, а самі ці докази не викликали сумніву в їх достовірності [2, с. 29–30].

Отже, ЄСПЛ у своїй прецедентній практиці надає великого значення такій якійсній характеристиці доказів, як достовірність.

Крім ст. 79, терміни «достовірний» та «достовірність» вживаються у низці статей чинного ЦПК, кожна з яких тою чи іншою мірою стосується доказування.

Так, відповідно до ч. 2 п. 5 ст. 43, учасники справи зобов'язані надавати суду повні й достовірні пояснення з питань, які ставляться судом, а також учасниками справи в судовому засіданні. Відповідно до ч. 1 ст. 82, обставини, які визнаються учасниками справи, не підлягають доказуванню, якщо суд не має обґрунтованого сумніву щодо достовірності цих обставин або добровільності їх визнання. Згідно зі ст. 83, у разі подання заяви про те, що поданий до справи або поданий до суду учасником справи для ознайомлення документ викликає сумнів щодо достовірності або є підробленим, особа, яка подала цей документ, може просити суд до закінчення підготовчого засідання виключити його з числа доказів і розглядати справу на підставі інших доказів.

Також достовірність, безперечно, стосується оцінки доказів. Так, відповідно до ст. 89 ЦПК, суд оцінює належність, допустимість, достовірність кожного доказу окремо, а також достатність і взаємний зв'язок доказів у їх сукупності. Висновок експерта у галузі права не може містити оцінки доказів, вказівок про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яке рішення має бути прийнято за результатами розгляду справи (ст. 114 ЦПК). Крім цього, суд касаційної інстанції, переглядаючи у касаційному

порядку судові рішення в межах доводів та вимог касаційної скарги, які стали підставою для відкриття касаційного провадження, перевіряє правильність застосування судом першої або апеляційної інстанції норм матеріального чи процесуального права і не може встановлювати або (та) вважати доведеними обставини, що не були встановлені в рішенні чи відкинуті ним, вирішувати питання про достовірність або недостовірність того чи іншого доказу, про перевагу одних доказів над іншими (ст. 400 ЦПК). Постанова суду касаційної інстанції не може містити вказівок для суду першої або апеляційної інстанції про достовірність чи недостовірність того чи іншого доказу, про переваги одних доказів над іншими, про те, яка норма матеріального права має бути застосована і яке рішення має бути прийнято за результатами нового розгляду справи (ст. 417 ЦПК).

Отже, достовірність – це важлива якісна змістова характеристика доказів, яка свідчить про їх правдивість чи значну наближеність до правди. Достовірність має характеризувати не лише докази, але й результат судового пізнання у кожній цивільній справі. Таким результатом має вважатися досягнутий судом стандарт доказування. Зважаючи на прецедентну практику ЄСПЛ, вважаємо за доцільне запровадити в чинне цивільне процесуальне законодавство поняття «стандарт доказування» водночас із його аутентичним тлумаченням. Одним із варіантів останнього пропонується для обговорення така дефініція: стандарт доказування – це вимога до якості знання, отриманого судом у результаті судового розгляду цивільної справи, що зобов'язує суд достовірно встановити фактичні обставини з справи для правильного її вирішення. Видається, що запровадження поняття стандарту доказування в цивільний процес України сприятиме подальшій синхронізації прецедентної практики ЄСПЛ із вітчизняним цивільним судочинством.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 4 листопада 1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_004 (дата звернення: 18.08.2020).
2. Постановления ЕСПЧ по делу «Ли Дейвис против Бельгии». *Бюллетень Европейского суда по правам человека*. 2009. № 12. С. 29–30.
3. Руда Т. Достовірність доказів у цивільному судочинстві США та України: порівняльно-правовий аспект. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2011. № 87. С. 73–78.
4. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 1618-IV. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/page> (дата звернення: 15.11.2020).
5. Кравчук В., Угриновська О. Науково-практичний коментар Цивільного процесуального кодексу України. Київ : Істина, 2006. 944 с.
6. Аверин А. Истина и судебная достоверность (постановка проблемы). 2-е изд., доп. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2007. 466 с.
7. Гмирко В. Доказування в кримінальному процесі: діяльнісна парадигма : монографія. Дніпропетровськ, 2010. 313 с.
8. Вершинин А.П., Кривоносова Л.А., Митина М.А. и др. Гражданский процесс : учебник / под ред. В.А. Мусина и др. 3-е изд., перераб. и доп. Москва : Проспект, 2001. 542 с.
9. Де Сальвиа М. Прецеденты Европейского Суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящиеся к Европейской конвенции о защите прав человека и основоположных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 гг. Санкт-Петербург : Юридический центр Пресс, 2004. 1072 с.
10. Югор Эрдаль. Статья 3 Европейской конвенции по правам человека. Руководство по практическому применению / пер. на рус. яз. О.В. Амшевой. World Organization Against Torture. 432 с.
11. Рішення ЄСПЛ у справі «Коробов проти України». URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/1700-18/page> (дата звернення: 15.11.2020).
12. Резник Г.М. Стандарты доказанности и межотраслевая преюдиция. *Уголовная юстиция: связь времен* : избранные материалы международной научной конференции (Санкт-Петербург, 6–8 октября 2010 г.) / сост. А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский. Москва : Акцион-Медиа, 2012. С. 91–95.
13. Словник синонімів української мови : у 2 т. / ред. А.А. Бурачок, Г.М. Гнатюк, С.І. Головащук. Київ : Наукова думка, 1999. Т. 1. 1063 с.
14. Беккариа Ч.О. О преступлениях и наказаниях / сост. и предисл. В.О. Овчинского. Москва : ИНФРА-М, 2004. 184 с.
15. Великие правовые системы современности: сравнительно-правовой подход / под ред. Р. Леже. Москва : Wolters Kluwer, 2011. 529 с.
16. Гусев О.Ю. Питання достовірності електронних доказів у цивільному процесі України. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: Юридичні науки*. 2019. Т. 30 (69). № 5. С. 48–53.
17. Грабовська О.О. Теоретико-правові проблеми доказування у цивільному процесі України : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.03 ; Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ, 2018. 563 с.
18. Рішення ЄСПЛ у справі «Яременко проти України». *Офіційний вісник України*. 2009. № 2. С. 442–443.
19. Постановления ЕСПЧ по делу «Мирилашвили против России». *Бюллетень Европейского суда по правам человека*. 2009. № 4. С. 22–23.
20. Постановление Большой Палаты ЕСПЧ по делу «Быков против России». *Бюллетень Европейского суда по правам человека*. 2009. № 6. С. 109–147.

ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ БЕЗ ВИНИ

CIVIL LIABILITY WITHOUT FAULT

Сасенко А.Г., студентка II курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сичик В.В., студент III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено такому інституту цивільного права України, як цивільно-правова відповідальність без вини. Авторами аналізується поняття вини та винуватості фізичної особи, юридичної особи або держави в цивільному праві України, а також наводяться теоретичні та законодавчі підходи до визначення цивільно-правової відповідальності без вини, аналізуються її види. Крім того, у статті розкриваються історичні витoki понять «вина» та «відповідальність без вини» в римському приватному праві. Античні погляди порівнюються із сучасним цивільним правовим регулюванням.

У статті досліджуються умови та особливості настання різних видів цивільно-правової відповідальності без вини, таких як безвинна відповідальність за шкоду, яка була завдана джерелом підвищеної небезпеки; безвинна відповідальність за шкоду, завдану органами держави; безвинна відповідальність за шкоду, завдану внаслідок недоліків робіт, товарів або послуг; безвинна відповідальність за шкоду, що заподіяна здоров'ю або призвела до смерті особи; випадки безвинної відповідальності за шкоду, заподіяну малолітньою, неповнолітньою чи недієздатною особою.

Авторами зазначається, що цивільно-правова відповідальність без вини виступає елементом юридичного змісту примусу в цивільному праві незалежно від добровільності визнання та компенсації завданої шкоди. У статті наводяться наукова позиція щодо розуміння цивільно-правової відповідальності без вини як об'єктивної, тобто такої, що настає залежно від факту вчинення правопорушення, незважаючи на особу-правопорушника.

Авторами досліджено зарубіжний досвід правового регулювання цивільної відповідальності без вини. Зокрема, проаналізовано французький та англійський підходи до визначення цього інституту цивільного права. У статті наводяться пропозиції щодо погляду на цивільно-правову відповідальність без вини держави як на процедуру компенсації, а не на захід юридичного примусу. Автором сформульовано висновки за результатами проведеного дослідження цивільно-правової відповідальності без вини та перспективи розвитку цього інституту.

Ключові слова: цивільно-правова відповідальність, цивільно-правова відповідальність без вини, делікт, цивільне правопорушення, відшкодування шкоди, об'єктивна відповідальність.

The article is devoted to such an institution of civil law of Ukraine as civil liability without fault. The author analyzes the concept of fault and guilt of an individual, legal entity or state in the civil law of Ukraine, as well as provides theoretical and legislative approaches to determining civil liability without fault, analyzes its types. In addition, the article reveals the historical origins of the concept of "guilt" ("fault") and "responsibility without guilt" in Roman private law. Ancient views are compared with modern civil law.

The article examines the conditions and features of the onset of various types of civil liability without fault: innocent liability for damage caused by a source of increased danger; innocent liability for damage caused by state bodies; innocent liability for damage caused by defects in works, goods or services; innocent liability for damage to health or death; cases of innocent liability for damage caused by a minor, minor or incapacitated person.

The author notes that civil liability without fault is an element of the legal content of coercion in civil law, regardless of the voluntary recognition and compensation of damage. The article analyzes the scientific position on the understanding of civil liability without fault as objective, i.e. one that occurs depending on the fact of the offense, regardless of the person-offender.

The author studies the foreign experience of legal regulation of civil liability without fault. In particular, the French and English approaches to the definition of this institution of civil law are analyzed. The article proposes a view of civil liability without the fault of the state as a procedure of compensation, rather than a measure of legal coercion. The author formulates conclusions based on the results of a study of civil liability without fault and prospects for the development of this institution.

Key words: civil liability, faultless civil liability, tort, civil offense, damages, strict liability.

Цивільно-правова відповідальність є самостійним видом юридичної відповідальності як виду державно-правового примусу, що настає в разі невиконання або порушення нормативно-правових приписів чи договірних умов.

Цивільно-правова відповідальність настає за вчинення делікту. Делікт розуміється як «правопорушення, що завдає шкоди суспільству, державі або особі» [1]. Отже, цивільно-правова відповідальність полягає в накладенні цивільно-правових стягнень на дієздатну особу (фізичну/юридичну) за вчинення правопорушення, що шкодить державному й громадському порядку.

Метою встановлення цивільної відповідальності є, по-перше, відшкодування завданої шкоди, зокрема збитків, неустойки, пені; по-друге, поновлення порушеного права; по-третє, примусове виконання юридичного обов'язку.

Окрім майнової шкоди, цивільна відповідальність встановлюється також за порушення немайнових прав особи. Особисті права виникають у громадян з огляду на закон і входять у зміст правоздатності. Це, зокрема, такі

права, як право на ім'я, право на свободу пересування, право на невторчання в приватне життя, право на особисту й сімейну таємницю. Порушення немайнових прав можуть полягати, наприклад, у приниженні честі та гідності особи.

Як й інші види юридичної відповідальності, цивільна відповідальність має свою специфіку.

Оскільки першочерговою метою цивільної відповідальності є відшкодування збитків потерпілій особі, можна дійти висновку про те, що цей вид відповідальності має суто компенсаційну природу (компенсація полягає у відновленні майнового стану потерпілої сторони).

На відміну від кримінального судочинства, обов'язок доводити відсутність підстави відповідальності (вини) покладається саме на правопорушника – особу, яка до такої відповідальності притягується.

Особливістю цивільно-правової відповідальності є те, що іноді допускається відповідальність за дії інших осіб. Наприклад, якщо негативні наслідки завдано особою, яка не усвідомлювала вплив власних дій та (або) не могла керу-

вати ними через розлад психіки або недоумство, суд може ухвалити рішення про компенсацію цієї шкоди її чоловіком (дружиною), батьками, повнолітніми дітьми за умови, що вони проживали разом із цією особою, були повідомлені про її психічний розлад або недоумство, але не вжили заходів щодо запобігання шкоди (ст. 1186 ЦК) [2].

Усі норми, що стосуються цивільно-правової відповідальності та цивільного судочинства, містяться в цивільному законодавстві, а саме Цивільному кодексі (ЦК) України й Цивільно-процесуальному кодексі (ЦПК) України.

Цивільно-правова відповідальність характеризується унікальною особливістю щодо можливості її настання за відсутності вини суб'єкта правовідносин. Варто відокремлювати ситуації відсутності вини від необережності особи. За умови необережного порушення вимог цивільного законодавства або умов договору наявна вина, але існує також інститут цивільної відповідальності суб'єкта, який не є винним у вчиненому порушенні прав інших осіб.

Перш ніж розглядати інститут цивільно-правової відповідальності без вини, слід визначити юридичну категорію «вина». Д.С. Ромасем було досліджено історичні витоки та сутність поняття вини та винуватості в сучасному приватному праві. Науковець зазначає, що ще в римському приватному праві було сформовано концепцію вини («culpa») як умову виникнення зобов'язання за вчинення правопорушення (приватного делікту). При цьому юристи розкривали вину через її форми та ступені. Римські юристи розрізняли дві форми вини, а саме умисел («dolus») та необережність. Слід зазначити, що у джерелах права Стародавнього Риму розрізняли «злий умисел» та «добрий умисел». Отже, вина в римському приватному праві розглядалася як умова виникнення зобов'язання із завдання шкоди вчиненням приватно-правового делікту. При цьому форма вини мала значення ознаки виникнення окремих деліктів. Ідеї римських юристів щодо значення вини у приватному праві були відтворені у цивільному законодавстві українських земель, зокрема у гл. 82 Цивільного кодексу України [3, с. 100–101].

Вина в юридичній літературі тлумачиться як суб'єктивне психічне ставлення суб'єкта до вчиненого делікту. Установлення вини дає змогу визначити суб'єкта вчиненого правопорушення та довести зв'язок порушення з діями конкретної особи.

Поділ форм вини на умисел (прямої або непрямої) та необережність (самовпевненість чи недбалість) має значно більше значення для публічно-правових галузей. Для цивільного права має значення встановлення вини загалом конкретного суб'єкта в конкретному правопорушенні (делікті).

Інститут відповідальності без вини існує виключно в цивільному праві України та не зустрічається в інших галузях права (приватних чи публічних). Його унікальність обумовлена наявністю в цивільному законодавстві специфічних об'єктів цивільних прав та видів правовідносин. Питання цивільно-правової відповідальності без вини глибоко досліджуються вченими-цивілістами. Так, А.О. Немцева зазначає, що цивільно-правова відповідальність без вини вважається наслідком порушення щодо абсолютних правових відносин та полягає в порушенні особою абсолютного обов'язку пасивного типу [4, с. 29].

В.О. Калініна вказує на те, що відповідальність без вини в цивільному законодавстві існує й виникає у випадках, коли йдеться про відшкодування завданої шкоди людиною, яка безпосередньо не скоювала правопорушення, але повинна компенсувати це згідно з цивільним законодавством. Це стосується випадків, коли, наприклад, батьки відповідають за шкоду, заподіяну їхньою малолітньою або неповнолітньою дитиною, також це стосується страхових компаній, які компенсують протиправні дії людини, з якою була укладена угода про страхування, а також випадків, коли юридична або фізична особа відшкодовує шкоду, завдану її працівником під час виконання

ним своїх трудових (службових) обов'язків. Однак незалежно від цього закон не звільнює правопорушників від завданої їх діями шкоди [5, с. 53].

Досліджуючи цивільно-правову відповідальність без вини, Б.М. Ільченко говорить про те, що з огляду на активний розвиток та збільшення обсягів використання джерел підвищеної небезпеки учасниками цивільних правовідносин доречно було би приділити більш детальну увагу питанню регулювання відповідальності без вини, а також процесу доведення факту вчинення усіх необхідних дій, які були спрямовані на запобігання завданню шкоди джерелом підвищеної небезпеки або були завдані у зв'язку зі стихійним лихом [6, с. 92–93].

Підсумовуючи думки науковців про цивільно-правову відповідальність без вини, підкреслюємо, що відсутність вини як обов'язкового елементу складу делікту не означає необов'язковості доведення причинно-наслідкових зв'язків, необхідних для встановлення факту вчинення правопорушення та його суб'єкта.

Нормативно-правове регулювання цивільно-правової відповідальності без вини передбачене ЦК України. Перелік випадків, за яких може наставати безвинна відповідальність, зводиться до такого: безвинна відповідальність за шкоду, яка була завдана джерелом підвищеної небезпеки; безвинна відповідальність за шкоду, завдану органами держави; безвинна відповідальність за шкоду, завдану внаслідок недоліків робіт, товарів або послуг; безвинна відповідальність за шкоду, що заподіяна здоров'ю або призвела до смерті особи; випадки безвинної відповідальності за шкоду, заподіяну малолітньою, неповнолітньою чи недієздатною особою. Наведений перелік впливає з положень цивільного закону про відшкодування шкоди та є вичерпним. Нормами ЦК України чітко встановлено порядок та умови настання такого виду цивільно-правової відповідальності.

Щодо відповідальності за шкоду, яка була завдана джерелом підвищеної небезпеки, то ст. 1187 ЦК України визначено поняття «джерело підвищеної небезпеки», умови відшкодування шкоди особою, яка володіє джерелом на праві власності, договірних підставах тощо, без доведення її вини, відповідальність у випадках незаконного заволодіння транспортним засобом та умови відповідальності за такої обставини. Також цивільним законодавством визначено дві обставини, за умови доведення яких особа звільняється від безвинної відповідальності. Отже, вини є непереборна сила та умисел потерпілого [2]. Отже, в цивільному праві існує презумпція вини особи, яка завдала шкоди, яка виправдовує можливість звільнення від обов'язку компенсації за певних обставин.

Безвинна цивільно-правова відповідальність наявна у випадках завдання шкоди органами державної влади або їхніми посадовими чи службовими особами. Такі положення цивільного законодавства покликані встановити додаткові гарантії захисту прав, свобод або законних інтересів приватних осіб у відносинах із публічною владою та цілком відповідають концепціям «належного управління», «сервісної держави» та «держави для громадян».

Окремого правового регулювання зазнали випадки цивільно-правової відповідальності без вини органів, які провадять оперативно-розшукову діяльність, слідство, прокуратури або судів. Така специфіка пов'язується із ситуаціями незаконного затримання, засудження, притягнення до кримінальної відповідальності, накладення стягнення тощо. Особливість цивільно-правової відповідальності без вини державних судів полягає в тому, що держава відшкодовує лише ту шкоду, яка була завдана неправомірними діями судді в судовому провадженні. Так, якщо суддею постановлено обвинувальний вирок із дотриманням вимог законодавства, але пізніше його було скасовано в суді вищої інстанції, держава не відшкодуватиме шкоду за дії судді першого суду.

Окремий вид цивільно-правової відповідальності без вини визначений ст. 1200 ЦК України, якою передбачено безвинне відшкодування шкоди державою в разі смерті потерпілого непрацездатним особам, що мали право на утримання. Особливості фінансового відшкодування такої шкоди визначені законодавством у галузі соціального та пенсійного забезпечення [2].

Порядок відшкодування шкоди, що заподіяна малолітньою особою, міститься у ст. 1178 ЦК України. Варто зазначити наявність характерної особливості такого відшкодування батьками, усиновлювачами або опікунами, або навчальними закладами. Закон визначає таку підставу: «якщо вони не доведуть, що шкода не є наслідком несумлінного здійснення або ухилення ними від здійснення виховання та нагляду за малолітньою особою». Цікавою є також норма ЦК України, яка встановлює, що «після досягнення повноліття особа може бути зобов'язана судом частково або в повному обсязі відшкодувати шкоду, завдану нею у віці до чотирнадцяти років життю або здоров'ю потерпілого, якщо вона має достатні для цього кошти, а особи, які визначені частиною першою цієї статті, є неплатоспроможними або померли».

Статтею 1179 цивільного закону встановлено відповідальність батьків, усиновлювачів, піклувальників за неповнолітню особу, що характеризується ознакою факультативності. Так, за загальним правилом, неповнолітня особа відшкодовує шкоду, завдану нею, самостійно, але якщо вона не має майна, яке було б достатнім для компенсації, погасити такий борг із відшкодування мають відповідальні за неповнолітнього особи [2].

Отже, з норм ЦК України випливає позиція, згідно з якою батьки (усиновлювачі, опікуни чи піклувальники) є відповідальними за діяльність своїх дітей до досягнення ними повноліття. На нашу думку, в деяких конкретних життєвих ситуаціях можна говорити про цей вид цивільно-правової відповідальності, як про «частково винний», адже, покладаючи на батьків відповідальність за їхніх дітей, закон передбачає належне виховання та батьківський контроль. Коли батьки недоглядели дії дитини, хоча могли передбачити їхній шкідливий характер, складно говорити про повну відсутність їхньої вини. Щодо осіб недієздатних та обмежених у цивільній дієздатності, то, за законом, завдана ними шкода оцінюється по-різному. Особи, обмежені судом у дієздатності, відшкодовують завдану їхніми діями шкоду самостійно на загальних підставах. Недієздатні особи, за загальним правилом, як і малолітні особи, не можуть відшкодувати шкоду самостійно, тому відповідальність за їхні дії покладається на опікунів. Проте у ст. 1184 ЦК України міститься виняток: якщо опікун не має достатньої кількості майна для відшкодування, шкода може частково або повністю компенсуватися за рахунок майна самої недієздатної особи.

Окремою нормою цивільного закону визначено умови та порядок відшкодування шкоди, яка заподіяна особою, що не усвідомлювала та (або) не могла керувати власними діями. Ця конструкція є спільною для приватного та публічного права. У кримінальному праві вона має назву «стан афекту». Вважається, що особа, яка перебувала у стані, за якого не могла керувати власними думками та діями, не може нести відповідальність на загальних підставах. Проте ЦК України встановлює, що коли особа сама довела себе до стану, в якому вона не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними в результаті вживання нею спиртних напоїв, наркотичних засобів, токсичних речовин тощо, то шкода, завдана нею, відшкодовується на загальних підставах [2].

Отже, на перший погляд, нормами цивільного законодавства України детально та однозначно врегульовано питання цивільно-правової відповідальності без вини. Проте науковцями в галузі цивільного права вказується на наявність низки проблем, пов'язаних із застосуванням безвинної цивільно-правової відповідальності.

Так, позиція Р.Ю. Заїки щодо цивільно-правової відповідальності без вини полягає в тому, що негативні наслідки майнового характеру, що настали для однієї зі сторін цивільних правовідносин, не пов'язані з винною поведінкою контрагента або учасника абсолютних правовідносин. При цьому законодавець намагається відшкодувати збитки, яких зазнала потерпіла сторона, тому виконання зобов'язання з відшкодування збитків в таких правовідносинах покладається, як правило, на економічно сильного контрагента – державу, професійного зберігача чи перевізника, володільця джерела підвищеної небезпеки. За таких обставин має йтися не про цивільно-правову відповідальність без вини, а про спеціальну підставу виникнення цивільно-правових зобов'язань компенсаційного характеру [7, с. 293]. Погоджуємося з наведеною думкою, адже безвинна відповідальність у деяких її проявах у цивільному праві передбачає не покарання та зазначення негативних наслідків особою, яка вчинила делікт без вини, а відшкодування шкоди приватній особі. Наприклад, у разі відшкодування шкоди державою лише умовно можна сказати, що наявна цивільно-правова відповідальність без вини, а фактично держава фінансово підтримує у формі компенсації постраждалу від делікту особу.

Свою проблематику має також інститут безвинної цивільно-правової відповідальності за шкоду, заподіяну фізичною особою в стані афекту.

Як зазначає А.О. Немцева, на практиці бувають випадки, коли особи, які хворіють на психічні захворювання і не розуміють значення своїх дій, не визнаються недієздатними, тобто з формальних причин у них відсутні опікуни, вони не перебувають під наглядом медичної установи, які б могли контролювати їхню поведінку й нести цивільну відповідальність за заподіяну такими особами шкоду, тому законодавець задля захисту інтересів потерпілої особи й посилення нагляду за такими хворими передбачив, що з урахуванням матеріального становища потерпілого та особи, яка завдала шкоди, конкретних обставин справи (наприклад, поведінки чоловіка (дружини), батьків, сина чи дочки, якщо вони проживали разом із цією особою, знали про її психічний розлад або недоумство, але не здійснювали належного догляду за нею і не вживали заходів щодо запобігання шкоді) суд може постановити рішення про відшкодування шкоди частково або в повному обсязі за рахунок майна цих осіб або безпосередньо заподіювача шкоди [8, с. 213–214].

Досліджуючи проблемні аспекти цивільно-правової відповідальності без вини, В.В. Паришкура зазначає, що поняття «відповідальність незалежно від вини» ширше, ніж поняття «відповідальність без вини», оскільки відповідальність незалежно від вини може настати як за вину, так і без вини (тут діє принцип презумпції вини, тобто заподіювач шкоди завжди вважається винуватим, доки не доведе зворотнє). Зазначену презумпцію встановлено насамперед в інтересах найменш захищеної сторони, якою найчастіше є потерпілий, оскільки вона звільняє його від обов'язку доводити вину заподіювача шкоди [9, с. 66–73].

Найбільш ґрунтовного та детального дослідження науковцями отримала цивільно-правова відповідальність без вини за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки. Зокрема, О.М. Слободян наводить такі висновки за результатами аналізу історичних передумов розвитку законодавства з цього питання в зарубіжних країнах щодо поділу країн на країни, в яких застосовується широке тлумачення цивільної відповідальності без вини за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки (до цієї групи належать Великобританія, Бельгія, Голландія, Франція, Італія, Португалія тощо); країни, де використовується казуїстичний спосіб тлумачення цивільно-правової відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки (серед них є Німеччина, Австрія та Швейцарія).

Варто зазначити, що для країн Європи характерною є активна рецепція нормативно-правових приписів. Так, національне законодавство Франції мало суттєвий вплив на законодавство Португалії, Голландії та Італії щодо цивільно-правової відповідальності без вини. Особливістю французького підходу до правового регулювання окресленого питання є розуміння такої відповідальності як об'єктивної, тобто якщо інше не передбачено в законодавстві, то власник певної речі несе цивільно-правову відповідальність за шкоду, що заподіяна цією річчю. У цьому сенсі український підхід співзвучний із нормами французького Цивільного кодексу 1804 року. Для порівняння, англійське цивільне право, на відміну від французького, де всі норми щодо цивільно-правової відповідальності без вини містяться в кодифікованому акті, має низку підзаконних нормативно-правових актів спеціального характеру, особливо щодо відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дорожньо-транспортних пригод. Така відповідальність в Англії не розглядається як об'єктивна, а здійснюється за принципом, що особа несе відповідальність за завдання шкоди джерелом підвищеної небезпеки за умови заподіяння її з необережності. Якщо вину особи не доведено, цивільно-правова відповідальність виключається.

У Німеччині, яка належить до групи країн, де використовується казуїстичний спосіб тлумачення цивільно-

правової відповідальності за шкоду, заподіяну джерелом підвищеної небезпеки, з 1871 року і дотепер діє закон про обов'язкову відповідальність за заподіяння шкоди різними джерелами, що створюють підвищену небезпеку для оточуючих. Запровадження цього закону пов'язане з появою великої кількості позовів про захист жертв від нещасних випадків, які судами залишалися без задоволення через відсутність відповідного правового регулювання [10, с. 46–49].

Дослідження інституту цивільно-правової відповідальності без вини дає змогу дійти таких висновків. По-перше, наявність безвинної відповідальності є унікальним положенням цивільного права та не зустрічається в інших галузях національного права. По-друге, ЦК України містить вичерпний перелік випадків, у яких може наставати цивільно-правова відповідальність без вини. При цьому щодо настання безвинної відповідальності держави іноді можна говорити умовно, адже держава виступає в цивільних правовідносинах із відшкодування шкоди в ролі гаранта забезпечення виконання зобов'язання. Досвід зарубіжних країн свідчить про розуміння цивільно-правової відповідальності без вини як відповідальності об'єктивної, тобто такої, для настання якої є важливим установлення факту вчинення правопорушення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Довідкова інформація. *Ліга:Закон*. 2007. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/TS001074> (дата звернення: 20.04.2021).
2. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 року № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
3. Римське право у світлі сучасної методології гуманітарного знання : збірник тез Міжнародної науково-практичної інтернет-конференції (м. Хмельницький, 29 травня 2020 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2020. С. 100–101.
4. Немцева А.О. Теоретичні аспекти відповідальності без вини у цивільному праві. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України*. 2015. № 4. С. 27–32.
5. *Науковий погляд молоді: ключові питання сучасного етапу реформування системи вітчизняного законодавства* : матеріали XII Всеукраїнської науково-практичної конференції студентів, аспірантів та молодих науковців (12–13 грудня 2019 року, м. Северодонецьк). Ч. 2 / за ред. Б.Г. Розовського. 2020. С. 50–54.
6. *Юридична наука і практика: пошук правової гармонії. Актуальна юриспруденція* : збірник матеріалів Міжнародної юридичної науково-практичної конференції (м. Київ, 5 жовтня 2017 року). Київ : Видавничий дім «АртЕк», 2017. С. 90–93.
7. Заїка Р.Ю. Відповідальність без вини у системі цивільно-правової відповідальності. *Вісник НАВС*. 2016. С. 292–294.
8. Немцева А.О. Відповідальність без вини за шкоду, завдану фізичною особою, яка не усвідомлювала значення своїх дій та (або) не могла керувати ними. *Вісник НАВС*. С. 213–214.
9. Паришкура В.В. Проблемні аспекти цивільно-правової відповідальності без вини. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2010. № 2. С. 66–73.
10. Слободян О.М. Історичні передумови розвитку законодавства зарубіжних країн у сфері цивільно-правової відповідальності за шкоду, завдану джерелом підвищеної небезпеки. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського*. 2018. № 6. С. 46–50.

ДОГОВІР ПІДРЯДУ ТА ТРУДОВИЙ ДОГОВІР: ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ

WORK AGREEMENT AND EMPLOYMENT CONTRACT: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS

Санакаєва Ю.Є., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню співвідношення договору підряду та трудового договору та його значення для оформлення відносин між їх сторонами. Зазначено визначення цих договорів, які закріплені в Цивільному кодексі України та Кодексі законів про працю України відповідно. Визначена правова характеристика договору підряду та трудового договору. Критеріями розмежування цих договорів названі предмет та форма договору, строк договору, порядок укладення договору та оплати праці, режим роботи, охорона праці, відповідальність за договором тощо. Особливу увагу приділено розмежуванню предмета договору підряду та трудового договору. Зазначено, що предметом договору підряду є кінцевий результат роботи, який має матеріалізовану форму, а предметом трудового договору є праця в процесі виробництва. Увагу приділено також і відмінностям у здійсненні оплати праці. Наголошено на тому, що Кодекс законів про працю України передбачає відповідні строки та мінімальний розмір оплати праці. Заробітна плата має відповідну структуру. Зазначено, що в договорі підряду оплата передбачається за домовленістю сторін. Визначено також особливості охорони праці за цими договорами. На відміну від договору підряду, трудове законодавство передбачає обов'язок роботодавця створити безпечні і нешкідливі умови праці. Також наведено позицію Верховного Суду стосовно розрізнення цих договорів. Верховний Суд наголошує, що трудовим законодавством регулюється процес організації трудової діяльності, а за цивільно-правовим договором процес організації трудової діяльності залишається за його межами, метою договору є отримання певного матеріального результату. Зазначено, що деякі особи взагалі не оформлюють відносини, пов'язані з виконанням певної роботи. Наголошується на тому, що через нерозуміння наслідків укладання відповідного договору, особа не може захистити свої права надалі. Виявлена наявність сумнівів в осіб стосовного того, який договір укладати в конкретному випадку. Наведено приклади випадків, коли треба укладати договір підряду та трудовий договір. Визначені відповідні правила, яких варто дотримуватись, щоб договір підряду не мав ознак трудового договору.

Ключові слова: договір підряду, трудовий договір, предмет договору, співвідношення, розрізнення, відмінності, укладання договору.

The article is devoted to the study of the similarities and differences between a work agreement and an employment contract and its significance for formalizing relations between their parties. The definition of these contracts is indicated, these definitions are enshrined in the Civil Code of Ukraine and in the Code of Labor Laws of Ukraine, respectively. The legal characteristics of the work agreement and employment contract have been determined. The criteria for differentiating these contracts are the subject and form of the contract, the term of the contract, the procedure for concluding a contract and payment for work, working hours, labor protection, liability under the contract, etc. Particular attention is paid to the distinction between the subject of the work agreement and the employment contract. It is indicated that the subject of the work agreement is the final result of the work, which has a materialized form. The subject of an employment contract is labor in the production process. Attention is also paid to differences in the implementation of payment for work. It was noted that the Labor Code provides for the appropriate deadlines and minimum wages. Salaries are structured accordingly. It is noted that payment is assumed by agreement of the parties in the work agreement. The features of labor protection under these contracts have been determined. Unlike a work agreement, labor law stipulates the obligation of the employer to create safe and harmless working conditions. The position of the Supreme Court regarding the difference between these contracts is also given. The Supreme Court notes that labor legislation regulates the process of organizing labor activity, and according to a civil law contract, the process of organizing labor activity remains outside it, the purpose of the contract is to obtain a certain material result. It is noted that some persons do not formalize relations related to the performance of a certain work at all. It is noted that due to a lack of understanding of the consequences of concluding a relevant agreement, a person cannot protect his rights in the future. Revealed the existence of doubts among persons as to which contract to conclude in a particular case. Examples of cases when it is necessary to conclude a work agreement and an employment contract are given. The relevant rules that must be observed so that the work agreement does not have signs of an employment contract have been determined.

Key words: work agreement, employment contract, subject of the contract, correlation, differentiation, differences, conclusion of the contract.

Основний Закон України чітко регламентує право людини на працю. Реалізація цього права може полягати в укладенні трудового договору чи цивільно-правового договору, зокрема договору підряду. Проблема розрізнення цих двох договорів є однією із центральних у правовій науці, адже, в першу чергу, йдеться про їх самостійність та відмежованість один від одного. Так, досить часто в роботодавців виникають сумніви, як прийняти працівника та який саме договір треба з ним укласти, щоб це було вигідніше та зручніше для обох сторін. А нерозуміння наслідків укладання того чи іншого договору може призвести до неможливості надалі захистити свої права. Тим більше, що в літературі останнім часом висловлюється думка, що в перспективі цивільно-правові норми взагалі будуть повністю регулювати трудові відносини шляхом утворення відповідного структурного елемента цивільного законодавства, його інституту [1, с. 203].

Питанню співвідношення договору підряду та трудового договору присвячено чимало наукових досліджень. Зокрема, їх особливості та розрізнення вивчали Л.В. Белєв-

цова, Н.Б. Болотіна, Л.О. Золотухіна, В.А. Коваль, Т.В. Кра-сюк, І.М. Паньонко, С.Ю. Серьогін, Г.І. Чанишева та інші.

Метою цього дослідження є аналіз особливостей цих двох договорів і критеріїв для розрізнення, визначення їхніх спільних та відмінних рис та конкретизація значення такого співвідношення для оформлення відносин між двома сторонами.

Перш за все необхідно зазначити, як саме визначені поняття договору підряду та трудового договору у відповідних нормативно-правових актах. Так, згідно з ч. 1 ст. 837 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України), за договором підряду одна сторона (підрядник) зобов'язується на свій ризик виконати певну роботу за завданням другої сторони (замовника), а замовник зобов'язується прийняти та оплатити виконану роботу [2]. Своєю чергою Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП) визначає трудовий договір таким чином: це угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати

роботу, визначену цією угодою, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін [3]. З огляду на надані визначення вже можна зробити проміжний висновок, що окрім очевидних відмінностей у визначеннях цих договорів, є відмінною сама їх регламентація, адже вона здійснюється двома різними кодифікованими нормативно-правовими актами.

Надаючи загальну правову характеристику цим двом договорам, можна зазначити, що договір підряду є двостороннім, консенсуальним, оплатним. Своєю чергою сучасні тенденції до визначення правової природи трудового договору свідчать про те, що він, вочевидь, також має ознаки консенсуальності. Сторони в них різні: в договорі підряду – це підрядник і замовник, у трудовому договорі – працівник і власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа. Звичайно, вони скріплені певними взаємними правами та обов'язками. І, виходячи з того, що в обох випадках йдеться про виконання певної роботи, без системного аналізу та відповідних критеріїв для порівняння неможливо говорити про конкретну відмінність цих договорів.

У сучасній літературі відмінності між договором підряду та трудовим договором визначаються на підставі чинного законодавства залежно від предмета договору та його природи, оплати праці, строку договору, порядку укладення договору тощо [4, с. 250–253]. Ці характеристики, по суті, і є критеріями, за якими розрізняють не тільки зазначені в цьому дослідженні договори, але й взагалі будь-які із сучасних договорів. У науковій літературі такі критерії називають юридичними. Варто також зазначити, що, окрім вищезазначених критеріїв, розрізнення може простежуватися і за іншими ознаками, групами відмінностей. Наприклад, І.М. Паньонко та В.А. Коваль поділяють відмінності між цими договорами на такі групи: відмінності під час укладення договорів, відмінності під час їх виконання, відмінності щодо припинення та відповідальності за договорами [5, с. 339–341].

Керуючись вищезазначеними критеріями розрізнення, почнемо з предмета договору, адже саме предмет є однією з основних ознак, за якими ці договори суттєво відрізняються. Предметом договору підряду є відповідний результат праці підрядника, який, зокрема, є матеріалізованим. Тобто це виконання певної роботи, яка націлена на кінцевий результат. І значення має саме він, а не спосіб, в який він досягається. Результат може полягати як в оновленні певної речі, так і в створенні нової чи в поліпшенні, зміні певних характеристик речей, наприклад, миття паркету чи прання речей, ремонт речі тощо. Предметом же трудового договору є власне праця в процесі виробництва, тобто виконання роботи за певною кваліфікацією, посадою, спеціальністю, виконання конкретної трудової функції. І таке виконання, за загальним правилом, не передбачає наявності відповідного кінцевого результату, окрім випадку укладання строкових договорів, які укладаються для виконання певної роботи, якщо трудові відносини не можуть бути встановлені на невизначений строк (ст. 23 КЗпП). Тобто в першому випадку предметом угоди виступає жива праця людини, тобто сам працівник, а в другому – матеріалізований результат праці або завдання одноразового характеру [6, с. 85].

З розрізнення предмета можна зрозуміти й основні істотні умови цих договорів. У договорі підряду це буде конкретний вид роботи, її кінцевий результат, ціна такої роботи, строк її виконання (або окремих її етапів). У трудовому ж договорі істотними умовами є трудова функція, місце роботи, оплата праці, момент початку роботи.

Стосовно строку договорів, то в договорі підряду такий строк встановлюється за домовленістю сторін, але

обов'язково має бути визначений. У трудовому ж договорі може бути зазначений строк, якщо йдеться про строкові трудові договори, а може бути невизначений строк, тоді такий договір є безстроковим.

Оформлення відносин підрядника та замовника відбувається шляхом укладення тільки самого договору підряду. У разі оформлення трудових відносин має місце не тільки трудовий договір, але й наказ (розпорядження) про прийняття на роботу.

Вимоги до форми договорів дещо схожі, адже в обох випадках дозволяється не тільки письмова форма, але й усна. Далеко не всі підрядники нині укладають письмовий договір підряду. Але якщо підрядник і замовник все ж таки домовились про письмову форму, то такий договір буде вважатися укладеним із моменту підписання сторонами. А письмова форма трудового договору є обов'язковою за певних умов, які чітко визначені у ст. 24 КЗпП.

Також виникає питання стосовно належності підрядника/працівника до установи. Тут варто зазначити, що у випадку підрядних відносин підрядник не входить до штату установи, на нього не ведеться трудова книжка. У випадку ж трудових відносин працівник приймається на посаду та належить до штату. За основним місцем роботи ведеться трудова книжка. А нині відбувається реформування щодо обліку трудової діяльності працівника, а саме введення електронних трудових книжок, яке підтверджується тим, що 10 березня 2021 року був опублікований підписаний Президентом України Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обліку трудової діяльності працівника в електронній формі», який Верховна Рада України ухвалила ще 5 лютого.

Щодо залучення третіх осіб, то у підрядних відносинах, згідно з ч. 1 ст. 838 ЦК України, підрядник має право, якщо інше не встановлено договором, залучити до виконання роботи інших осіб (субпідрядників). При цьому він залишається відповідальним перед замовником за результат їхньої роботи. У цьому разі підрядник виступає перед замовником як генеральний підрядник, а перед субпідрядником – як замовник [2]. За трудовим договором працівник не може залучати до виконання своєї трудової функції інших осіб.

Відрізняється і режим роботи за договором підряду та трудовим договором. У першому випадку підрядник самостійно організовує свою роботу, не є підпорядкованим певному розпорядку, а замовник лише має право в будь-який час перевірити хід і якість роботи, але не має права втручатися в діяльність підрядника. У другому випадку працівник зобов'язаний дотримуватись правил внутрішнього трудового розпорядку. Також діють гарантії щодо тривалості робочого часу. Робота у вихідні та святкові дні, нічний час, понаднормово обмежена положеннями КЗпП.

Стосовно забезпечення умовами праці, то, згідно з ч. 1 ст. 839 ЦК України, за договором підряду виконавець у процесі роботи використовує свої матеріали та свої засоби, якщо інше спеціально не зумовлено договором. Законодавством про працю обов'язок забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, покладається на власника (ст. 141 КЗпП). Тобто працівник отримує все необхідне для виконання роботи, визначеної трудовим договором: робоче місце, необхідні матеріали, устаткування, обладнання, у певних випадках засоби захисту тощо [7, с. 4].

Порядок оплати праці за цими двома договорами теж суттєво відрізняється. Оплата роботи за договором підряду, як вже зазначалося, передбачається, але розмір та строк виплати зазначаються в договорі за домовленістю сторін. Обмежень щодо розміру такої виплати не передбачено. За трудовим же договором плата наявна у виді заробітної плати, яка має відповідну структуру: основна заро-

бітна плата (встановлюється у вигляді тарифних ставок (окладів) і відрядних розцінок для робітників та посадових окладів для службовців), додаткова (включає доплати, надбавки, гарантійні і компенсаційні виплати, передбачені чинним законодавством; премії, пов'язані з виконанням виробничих завдань і функцій) та інші заохочувальні та компенсаційні виплати [8]. Виплата заробітної плати здійснюється в розмірі не нижче законодавчо встановленого мінімуму. Строки теж законодавчо встановлені у ст. 115 КЗпП, яка передбачає виплату заробітної плати не рідше двох разів на місяць через проміжок часу, що не перевищує шістнадцяти календарних днів, та не пізніше семи днів після закінчення періоду, за який здійснюється виплата [3].

Стосовно права на відпустки та вихідні, то за договором підряду таких умов зазвичай не передбачено. Все охоплюється загальним правом підрядника самостійно організувати свій робочий час. А ось трудовим законодавством передбачено конкретне право працівника на відпустку, а робота у вихідні та святкові дні за загальним правилом не здійснюється. Для цього є відповідні винятки у КЗпП.

Питання охорони праці теж є критерієм для розрізнення цих двох договорів, адже за договором підряду такої охорони не передбачено, тобто ЦК України не встановлює вимог щодо створення замовником безпечних умов праці для підрядника, але це може бути зазначено в договорі за згодою сторін. У трудових же відносинах на роботодавця за ст. 153 КЗпП покладається саме обов'язок створення безпечних і нешкідливих умов праці. Працівнику також забезпечуються конкретні виплати, гарантії у разі роботи із шкідливими та важкими умовами праці.

Умови припинення договорів теж дещо відрізняються. Договір підряду припиняється за загальними підставами, визначеними ЦК України (наприклад, угода сторін, закінчення строку дії, отримання кінцевого результату). На договір підряду поширюються положення ст.ст. 651–653 ЦК України стосовно підстав та наслідків зміни чи розірвання договору. За певних обставин одна зі сторін має право на односторонню відмову від договору. Трудовий договір припиняється виключно за певних підстав, зазначених у КЗпП: припинення регулюється ст. 36 (наприклад, угода сторін, закінчення строку тощо), а розірвання, як одна з підстав припинення – ст.ст. 38–41 (наприклад, поява на роботі в нетверезому стані, у стані наркотичного або токсичного сп'яніння)

Стосовно наявності обов'язку страхування щодо підрядника та працівника, то обидва вони є застрахованими особами, за яких ЄСВ сплачує замовник та роботодавець відповідно. Але через те, що виконання робіт за договором підряду належить до доходів із джерел не за основним місцем роботи, то нарахування ЄСВ має свій порядок [9, с. 2].

Відповідальність працівника та підрядника також має свої особливості. У підрядних відносинах підрядник несе цивільно-правову відповідальність. Вона полягає у відшкодуванні упущеної вигоди, шкоди, яка була заподіяна, та у сплаті штрафних санкцій за неналежне виконання умов договору. Також замовник за неналежну якість роботи може вимагати від підрядника зменшення ціни чи безоплатного усунення недоліків. У разі порушення трудової дисципліни працівником до нього може застосуватися дисциплінарна відповідальність, яка має вид догани чи звільнення. А ось за шкоду, яка була заподіяна установі, в якій працює особа, її притягують до матеріальної відповідальності.

Окрім співвідношення цих договорів з огляду на теорію та законодавство, варто також навести правову позицію Верховного Суду щодо цього питання. Так, у постанові Касаційного цивільного суду у складі ВС (далі – КЦС ВС) від 08.05.2018 р. № 127/21595/16-ц як раз розкриваються проблемні питання розрізнення договору підряду та трудового договору, через що досить часто особи звер-

таються до суду, до кінця не розуміючи, в яких саме відносинах вони перебували: підрядних чи трудових. КЦС ВС у цій постанові зазначив: «Основною ознакою, що відрізняє підрядні відносини від трудових, є те, що трудовим законодавством регулюється процес організації трудової діяльності. За цивільно-правовим договором процес організації трудової діяльності залишається за його межами, метою договору є отримання певного матеріального результату. Підрядник, який працює згідно з цивільно-правовим договором, на відміну від працівника, який виконує роботу відповідно до трудового договору, не підпорядковується правилам внутрішнього трудового розпорядку, він сам організовує свою роботу і виконує її на власний ризик. Трудовий договір – це угода щодо здійснення і забезпечення трудової функції. За трудовим договором працівник зобов'язаний виконувати не якусь індивідуально-визначену роботу, а роботу з визначеною однією або кількома професіями, спеціальностями, посади відповідної кваліфікації, виконувати визначену трудову функцію в діяльності підприємства. Після закінчення виконання визначеного завдання трудова діяльність не припиняється. Предметом трудового договору є власне праця працівника в процесі виробництва, тоді як предметом договору цивільно-правового характеру є виконання його стороною певного визначеного обсягу робіт» [10].

Таким чином, бачимо, що судова практика тільки підтверджує усі теоретичні та наукові дослідження, і тому можна зробити проміжний висновок, що ці договори дійсно відрізняються один від одного. І кожен із них має переваги та недоліки для обох сторін, якими доволі вдало користуються як особи, які надають роботу, так і особи, які її виконують, адже у контексті цього питання досить часто виникають сумніви, який же з цих договорів укласти. Тобто важливим видається не тільки теоретичний аспект цього питання, але й практичний. Сумніви щодо вибору одного з цих договорів виникають не тільки на підставі того, що сторони не до кінця розуміють, в яких відносинах перебувають, але й на підставі того, що кожна зі сторін бажає максимальної вигоди та зручності для себе від укладання договору. Для потенційного виконавця перевагами договору підряду може стати відсутність підпорядкованості розпорядку, можливість самостійно організувати свій час, працювати з будь-якого місця, мати право на невтручання іншої сторони в його діяльність, а недоліками – відсутність, наприклад, гарантій у випадку роботи із шкідливими та важкими умовами праці, чіткого визначення оплати праці, вимог до неї та обмежень у строках. Для особи, яка надає роботу, причиною не укладає трудовий договір із потенційним працівником може бути менший податковий тиск та спрощення документообігу. Тим паче дуже часто особи взагалі працюють без будь-яких оформлених правовідносин. Найбільш типовим для сучасності прикладом є праця фрілансерів, які дуже часто обходять стороною необхідність оформлення відносин із клієнтами. І в судовій практиці наявна велика кількість звернень громадян, які виконували роботу за договором підряду, з приводу відмови в наданні відпусток, оплати листків тимчасової непрацездатності, внесення записів про роботу до трудової книжки. І відбувається це саме через те, що особи не розуміють наслідків укладання договору підряду та його відмінності від трудового договору [6, с. 87].

Тому постає питання, який договір укласти в конкретному випадку. Таких випадків багато, тому розглянемо деякі з них. Наприклад, в установі залучають спеціаліста для ремонту комп'ютера. Який договір із ним укласти – підряду чи трудовий? Відповідь залежить від періодичності виникнення потреби в роботі такого спеціаліста. Якщо його залучають епізодично, то доцільно використовувати договір підряду. А якщо в установі широко використовують комп'ютери і їх ремонт необхідний регулярно, то для виконання подібних завдань краще ввести до штату

(якщо типові штати і кошторис дозволяють це зробити) відповідного працівника і укласти з ним трудовий договір [9, с. 2].

Така ж ситуація з оформленням правовідносин із вищезазначеними фрілансерами. У разі відсутності письмового договору між фрілансером та роботодавцем неможливо визначити юридичну природу їх взаємовідносин та захистити права фрілансера (наприклад, коли за роботу замовник не заплатив). Тому юристи радять усім фрілансерам укладати договір підряду із замовниками. Про цивільно-правові відносини підряду можна говорити, якщо фрілансер є самостійним організаційно відокремленим суб'єктом господарювання (фізична особа-підприємець, адвокат, нотаріус, приватний виконавець тощо). Якщо роботу виконує звичайна фізична особа, то, на нашу думку, цивільно-правову угоду можна укладати, якщо така робота буде разова. Але нині багато організацій, установ, підприємств шукають фрілансерів на постійну роботу з оформленням трудового договору, тому якщо така особа готова працювати з одним клієнтом-роботодавцем, то немає ніяких перешкод для укладання трудового договору [11, с. 363].

Також треба не тільки чітко розуміти, який договір необхідно укласти, а й укласти його так, щоб не трапилася така ситуація, що на папері – це договір підряду, а за фактом – трудовий. Якщо з якоїсь причини справа дійде до суду чи до особливої уваги податкового контролю, то акцент буде поставлений на суть відносин, які фактично тривають, а не на назву договору на папері. Наприклад, якщо підрядник звернеться до суду з позовом до замовника і суд виявить у договорі підряду низку ознак трудових відносин, то він вже зможе захистити позивача. Для того, щоб договір підряду на папері був і по суті договором підряду, слід, по-перше, не використовувати в договорі терміни, які притаманні сфері трудових відносин. Тобто, наприклад, використовувати не термін «заробітна плата»,

а термін «винагорода»; уникати таких слів, як «професія», «спеціальність», «посада», «штат» і т.п. По-друге, варто уважно ставитись до регламентації періоду роботи, адже підрядник самостійно регулює свій графік роботи. Іноді неможливо уникнути збігу графіка роботи установи із графіком роботи підрядника, тому бажано уникати такого формулювання, як «режим роботи», і формулювати з акцентом на те, що підрядник самостійно установлює режим щоденної роботи. По-третє, предмет договору підряду не має переплітатися з посадовими обов'язками штатних працівників. Тим паче варто пам'ятати, що згідно з п. 4 Постанови Пленуму ВСУ від 25.04.2003 р. № 3 «Про практику застосування судами законодавства про відповідальність за окремі злочини у сфері господарської діяльності», фізична особа (тобто не підприємець) може укладати цивільно-правові договори не більше трьох разів на календарний рік, а якщо цей ліміт буде перевищений, то підряднику (виконавцю) варто оформлювати себе як фізичну особу-підприємця. А щоб запобігти перевищенню ліміту, можна укласти один довгостроковий договір підряду [9, с. 2–3].

Таким чином, це дослідження виявило суттєві відмінності між договором підряду та трудовим договором. Не можна заперечувати наявність у них спільних рис, але така їх спільність одразу спростовується, якщо йдеться про суть таких договорів. Відрізняються вони і предметом, і порядком юридичного оформлення, і наявністю відповідних гарантій, і строковістю, і порядком оплати. І нерозуміння цих аспектів призводить до того, що укладений договір по суті взагалі не стосується тих відносин, які ним нібито регулюються. Щоб уникнути таких випадків та завжди мати змогу захистити свої права, варто чітко розмежовувати ці договори, розуміти, які саме відносини будуть пов'язувати обидві сторони та які наслідки матиме укладання відповідного договору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Чанишева Г.І. Співвідношення трудового договору із цивільно-правовими договорами про працю. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2012. Т. 12. С. 203–213.
2. Цивільний кодекс України : Кодекс від 16.01.2003 р. № 435-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>
3. Кодекс законів про працю України : Кодекс від 10.12.1971 р. № 322-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text>
4. Болотіна Н.Б. Трудове право України : підручник. Київ, 2013. 860 с.
5. Паньонко І.М., Коваль В.А. Спільні та відмінні ознаки трудових договорів та суміжних цивільних договорів. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія : *Юридичні науки*. 2015. № 813. С. 337–342.
6. Золотухіна Л.О. Трудовий договір і трудова угода: співвідношення понять. *Право і суспільство*. 2012. № 3. С. 84–88.
7. Серьогін С.Ю. Трудовий договір, трудова угода, контракт – співвідношення понять. 2015. 11 с. URL: <http://legalitas.com.ua/ua/ukrs-serogin-trudovij-dogovir-trudova-ugoda-kontrakt-spivvidnoshennya-ponyat/>
8. Про оплату праці : Закон України від 24.03.1995 р. № 108/95-ВР / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/108/95-вр#Text>
9. Белєвцова Л. Цивільно-правовий VS Трудовий: битва договорів-титанів. *Оплата праці*. 2015. № 10/1. 3 с. URL: <https://i.factor.ua/journals/ot/2015/may/issue-10/1/article-8388.html>
10. Постанова у справі № 127/21595/16-ц (провадження № 61-10203св18). Верховний Суд у складі колегії суддів Першої судової палати Касаційного цивільного суду. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. 2018. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73902480>
11. Красюк Т.В. Особливості правового регулювання праці фрілансерів в Україні / Красюк Т.В., Санакаєва Ю.Є. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 4. С. 358–365.

ПРАВО НА ПРИВАТНІСТЬ У МЕРЕЖІ ІНТЕРНЕТ У КОНТЕКСТІ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ СИСТЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

THE RIGHT TO PRIVACY ON THE INTERNET IN THE CONTEXT OF THE EUROPEAN HUMAN RIGHTS SYSTEM

Сокуренко В.А., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Хрякова Н.О., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Проблема права на приватність у контексті технологічного прогресу, діджиталізації, розширення використання у повсякденному житті Інтернету є досить досліджуваним явищем у наукових колах, особливо серед зарубіжних науковців, оскільки формування інформаційного середовища спричиняє загрози для втручання у приватне життя особи без її відома. Звертається увага на те, що механізм захисту персональної інформації потребує постійного удосконалення, оскільки щороку з'являються нові тенденції та аспекти його захисту, зокрема, новим явищем стало право бути забутим. Мета полягає у виявленні основних ризиків та загроз сьогодення щодо порушення меж приватності в інформаційному суспільстві.

Оригінальність статті вбачається у виявленні основних ризиків сьогодення щодо порушення меж приватності в інформаційному суспільстві. У статті пропонуються можливі шляхи мінімізації наявних ризиків та загроз, а також механізми контролю за рухом персональних даних в Інтернеті на нормативному та інституційному рівнях.

Для дослідження цієї проблематики у статті було досліджено Резолюції Ради ООН із прав людини, Рекомендації Ради Міністрів, Конвенцію про захист прав людини та основоположних свобод, інших міжнародно-правових актів, присвячених цій проблематиці, практика Суду ЄС та Європейського суду з прав людини, а також інформаційні онлайн-ресурси.

Результатом дослідження є визначення можливих шляхів мінімізації наявних ризиків та загроз, а також механізмів контролю за рухом персональних даних в Інтернеті на нормативному та інституційному рівнях. Право на приватність у сучасному інформаційному суспільстві потребує особливої уваги та захисту, оскільки права в мережі потребують такого самого гарантування та охорони, як і в офлайн-середовищі. Шляхами удосконалення охорони та захисту приватного життя в мережі Інтернет є запровадження досконалого та повного нормативного врегулювання та створення органу, який би міг контролювати стан захищеності персональних даних.

Ключові слова: право на приватність, онлайн-середовище, особиста інформація, право бути забутим.

The problem of the right to privacy in the context of technological progress, digitalization, expanding the use of the Internet in everyday life is a well-studied phenomenon in academia, especially among foreign scholars, as the formation of the information environment threatens to interfere with privacy. Attention is drawn to the fact that the mechanism of protection of personal information needs constant improvement, as new trends and aspects of its protection appear every year, in particular, the right to be forgotten has become a new phenomenon. The aim is to identify the main risks and threats of today regarding the violation of privacy in the information society.

The originality of the article is seen in the identification of the main risks of today regarding the violation of privacy in the information society. The article proposes possible ways to minimize the existing risks and threats, as well as mechanisms to control the movement of personal data on the Internet at the regulatory and institutional levels.

To study this issue, the article examined UN Human Rights Council Resolutions, Council of Ministers Recommendations, the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, other international legal instruments on this issue, the case law of the European Court of Justice and the European Court of Human Rights, online information resources.

The result of the study is to identify possible ways to minimize the existing risks and threats, as well as mechanisms to control the movement of personal data on the Internet at the regulatory and institutional levels. The right to privacy in today's information society needs special attention and protection, as online rights need the same guarantee and protection as in the offline environment. Ways to improve the protection and privacy of the Internet are the introduction of a perfect and complete regulation and the creation of a body that could monitor the protection of personal data.

Key words: right to privacy, online environment, personal information, right to be forgotten.

Постановка проблеми. З поширенням використання мережі Інтернет у сучасному світі дедалі гострішою стає проблема збереження персональної інформації. У своїй Резолюції 38/2018 Рада ООН із прав людини вкотре наголосила: «Права, які людина має офлайн, мають так само захищатися в онлайн-середовищі, зокрема, свобода вираження поглядів, яка діє незалежно від кордонів та обра-них людиною засобів комунікації (медіа), відповідно до статті 19 Загальної декларації прав людини та Міжнародного пакту про громадянські та політичні права» [1]. Аналогічного підходу дотримується і Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ), у своїх рішеннях він висловив позицію щодо обов'язків держав-членів забезпечувати кожному права та основоположні свободи, закріплені Конвенцією з прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція), в тому числі й у сфері використання мережі Інтернет. Так, ЄСПЛ у справі «Ілдірим проти Туреччини» зауважив, що «наразі Інтернет став одним з основних засобів реалізації громадянами свого права на

свободу вираження поглядів та інформації, забезпечуючи їх таким чином необхідними інструментами для участі в діяльності та обговорення політичних та інших питань, що становлять суспільний інтерес» [2]. Одночасно недостатність механізмів правового регулювання обігу персональних даних у віртуальному світі викликає появу нових загроз, викликів та небезпек, що потребують вироблення ефективних механізмів протидії.

Аналіз дослідження проблеми. Загалом питання права на приватність у мережі Інтернет є доволі дослідженими як на національному, так і на міжнародному рівні. Одними із перших, хто звернув увагу на питання приватності, були американські юристи – Л. Брандейс (Louis D. Brandeis) і С. Уорреном (Samuel D. Warren). Пізніше дослідження права на приватність у контексті розвитку інформаційно-комунікаційних технологій займалися Е.М. Коділл (E.M. Caudill) та П.Е. Мерфі (P.E. Murphy). Дослідження проблематики права бути забутим та його взаємозв'язку із збереженням персональних даних в Інтернеті було про-

ведене в роботах В.В. Буги, Д.О. Турбіна та Ч. Різ (Ch. Rees). Одним із перших українських науковців, кого зацікавив зв'язок прав людини у контексті права на приватність та Інтернету, є А. Пазюк. Загалом недослідженими залишаються питання механізмів захисту таких прав як на міждержавному, так і на державному рівні та шляхів удосконалення системи охорони персональних даних від порушень. Метою цієї статті є виявлення наявних проблем у сфері права на Інтернет-приватність у процесі діджиталізації сучасного суспільства та визначення ймовірних засобів їх охорони та захисту.

Право на приватність: загальні аспекти. У сучасних умовах, на перший погляд, складається уявлення, що людина є автономною особистістю, яка здатна контролювати межі свого «приватного» і запобігати будь-яких проявів втручання. Зокрема, впевненість у цьому надають нормативні гарантії захищеності цього права. Вперше право людини на приватність було проголошене в Загальній декларації прав людини [3]. У межах європейського регіонального простору захисту прав людини право на повагу до приватного життя визначається як фундаментальне право особи та гарантується Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод. Подальший розвиток права на приватність пов'язаний із підписанням Конвенції Ради Європи «Про захист особи у зв'язку з автоматичною обробкою персональних даних» [4].

Науковою доктриною західних країн для найменування правового інституту захисту права на недоторканність приватного життя застосовується термін «privacy» (англ.), що в перекладі українською мовою позначає «приватність», яке є релевантним слову «приватний». Тому є зрозумілим визнання та поширення використання терміна «приватність» серед українських науковців, оскільки, незважаючи на свою лаконічність, він відображає сутність цього правового феномена [5]. Основи сучасної концепції приватності було закладено ще наприкінці XIX століття американськими юристами – Л. Брандейзом (Louis D. Brandeis) і С. Уорреном (Samuel D. Warren). Вони у своїй статті «Право на приватність» перші надали тлумачення «права на приватність», відповідно до якого автори розуміли право «бути залишеним на самоті» (let to be alone), оскільки напруженість і складність життя приводять до виникнення потреби в людині мати схованку від зовнішнього світу [6]. З розвитком телекомунікаційних технологій, появою комп'ютерів і поширенням автоматизованої обробки персональної інформації право на приватність набуває додаткового змісту.

Звісно, з огляду на сучасний розвиток електронних технологій, поширення суб'єктів, основним видом діяльності яких є збір, збереження та використання особистих даних користувачів із метою або рекламування, або формування суспільних настроїв/поглядів та ін., актуальним є питання цінності приватного життя та захисту цього права користувачами в мережі Інтернет.

Право на приватність у мережі Інтернет: ризики сьогодення. Поява Інтернету змусила поглянути на питання захисту приватності під новим кутом. Фактично онлайн-середовище дає змогу з легкістю відстежити інформаційну активність користувачів. Крім того, доступність даних, розміщених в Інтернеті для практично необмеженого кола осіб, робить їх надзвичайно вразливими, ставлячи під сумнів існування мережевої приватності як такої [7, с. 49].

У межах нашого дослідження виокремлено основні ризики сьогодення, з якими може зіткнутися користувач Інтернету. Першим ризиком є технологія збирання, обробки та використання персоналізованої інформації користувачів Інтернет за допомогою cookie-файлів. Використання останніх дає змогу відстежувати персональну інформацію (вік, стать, походження тощо), місцезнаходження (пересування, зупинки в певних місцях), вподо-

баня у різних сферах, що у результаті створює профіль користувача. Метою застосування cookie є аутентифікація користувача, збір, обробка, збереження та використання персональної інформації для формування відповідного портфоліо про користувача і надалі використання в інтересах розповсюджувачів персоналізованої реклами. Так, можна простежити закономірність, що інформаційно-аналітичні центри компанії Google з метою формування рекламної видачі аналізують не лише дії користувачів онлайн, а й відслідковують та розшифровують інформацію в їхніх електронних листах, що були відправлені чи отримані за допомогою сервісу Gmail. Офіційно на сайті Google, що містить інформацію про принципи функціонування рекламної мережі, наведено опис вказаної технології [8]. Хоча представники компанії стверджують, що ця технологія є повністю автоматизованою, жодного втручання у приватні повідомлення користувачів не відбувається, однак відстеження таким чином дій особи, на нашу думку, порушує її право на приватність, оскільки аналіз вхідних повідомлень незалежно від того, чи здійснюється він автоматизовано, все одно це є втручанням у приватне життя.

Варто навести думку Халеда Сада (Khaled Saad), який виокремлює такий вид вторгнення в приватну інформацію як поведінка компанії електронної комерції [9]. Так, нині є поширеним надання послуг через вебсайти. У багатьох випадках реалізація таких відносин відбувається через обов'язок користувача надати свою особисту інформацію. Отже, отримавши доступ до інформації, компанія може використовувати її не лише для поточної транзакції, а й для продажу інформації третім особам або використання її з будь-якою іншою метою. Стосовно споживачів приватності в літературі висловлювалася доволі цікава думка, відповідно до якої приватність споживачів обмежується контекстом інформації і включає два фактори: контроль та обізнаність. Таким чином, порушення недоторканності приватного життя залежить від (1) контролю споживачами своєї інформації у маркетинговій взаємодії (тобто чи можуть споживачі визначати обсяг і глибину інформації, що збирається) і (2) ступеню їх обізнаності про збір та використання їхньої особистої інформації [10, с. 10]. На жаль, споживачі не мають деталізованого уявлення про те, як їх особиста інформація збирається і як вона використовується.

Ще однією проблемою, з якою стикається користувач Інтернету, є незаконна трансгранична передача персональних даних. Візьмемо приклад із вітчизняної практики, наведений у доповіді Уповноваженого з прав людини за 2019 рік. У процесі перевірки Вищої школи адвокатури Національної асоціації адвокатів України встановлено здійснення обробки персональних даних (прізвище, ім'я, телефон, електронна адреса (e-mail), IP-адреса користувача, регіон, дата та час входу) користувачів онлайн-курсів в електронному вигляді за допомогою онлайн-платформи www.antitreningi.ru, фізичний хостинг якої знаходиться на території Російської Федерації, а безпосередня реєстрація користувачів та оплата послуг здійснюється через онлайн-форму, фізичний хостинг якої знаходиться на території Німеччини. Таким чином, персональні дані користувачів онлайн-курсів без їх відома та однозначної згоди, а також без жодних на те правових підстав передавалися суб'єктам, які провадять свою діяльність на території інших держав, що свідчить про незаконну трансграничну передачу персональних даних [11, с. 198–199]. Виявлені ризики є лише частиною можливого втручання з боку різних суб'єктів у приватне життя осіб із метою забезпечення відчуття захищеності і довіри Інтернет-простору в користувачів потрібні нормативні і інституційні гарантії захисту права на приватність.

Право бути забутим. У тісному взаємозв'язку із правом на приватність знаходиться право бути забутим. Воно є досить молодим, оскільки нормативно з'явилося у 2014 році у правовому просторі Європейського Союзу,

що спричинило необхідність реформування механізму захисту персональних даних осіб. Право бути забутим визначається як спосіб захисту особистих немайнових прав особи, спрямований на гарантування збереження таємниці минулого [12]. Однак це право нині стикається з невизначеною практикою його реалізації.

Суд ЄС у своєму рішенні у справі Маріо Костехи Гонсалеса визнав існування права бути забутим, принаймні, у відносинах користувачів Інтернету з пошуковими системами [13]. Сама справа стосувалася звернення іспанського громадянина до корпорації Google з приводу видалення посилань на оголошення в газеті (електронна версія видання містилася на сайті) щодо продажу його будинку на аукціоні за борги. Важливими наслідками такого рішення Суду стали: а) визнання діяльності пошукових систем в Інтернеті «обробкою персональних даних», а їх самих – «контролерами персональних даних» із відповідними обов'язками та відповідальністю; б) поширення законодавства ЄС на усіх операторів пошукових систем, що створюють підрозділи в державах-членах із метою реклами чи продажу рекламного місця та спрямовують свою діяльність на населення держав-членів (тобто незалежно від того, в якій країні обробляються персональні дані); в) обов'язок оператора пошукової системи видаляти зі списку результатів, виданих у відповідь на пошуковий запит на основі імені особи, посилання на вебсторінки, розміщені третіми особами, що містять інформацію про цю особу [14, с. 576].

Цікавим є порівняння позицій обох судів – Суду Правосуддя та ЄСПЛ. Останній намагається збалансувати право громадськості на доступ до інформації та право особи на приватність, утім, як видається, надаючи більшого пріоритету праву громадськості на доступ до інформації. Так, хоча ЄСПЛ допускає за певних обставин видалення надмірно образливих коментарів із сайту, він одночасно висловлюється про важливість інтернет-архівів та поширення на них захисту ст. 10 Конвенції. Суд Правосуддя, навпаки, передусім захищає право особи на приватність. Наприклад, хоча у справі Маріо Костехи насправді йдеться не про видалення інформації з Інтернет-архіву, а про припинення її індексації пошуковими системами, однак унаслідок цього доступ громадськості до такої інформації, ясна річ, буде дуже ускладнений. Як видається, концепція «право бути забутим» може бути сприйнята ЄСПЛ із вагомою пересторогою, адже відома позиція Суду щодо важливості права доступу громадськості до інформації, що становить суспільний інтерес. Навіть, якщо Інтернет-архіви містять інформацію, що визнана судом недостовірною та такою, що принижує честь, гідність особи, ЄСПЛ не допускає можливості її видалення, вбачаючи в цьому небезпеку «цензури й переписування історії», а лише вказує на технічну можливість розмістити посилання на відповідне рішення суду. З огляду на це великий інтерес становитимуть майбутні рішення ЄСПЛ, де він висловить свою позицію із приводу права бути забутим [15].

Стаття 8 Конвенції гарантує право особи на повагу до свого приватного і сімейного життя, до житла і кореспонденції, а також встановлює можливі випадки обмеження цього права [16]. Нині в розумінні ЄСПЛ повага до приватного життя включає в себе широкий спектр елементів, зокрема це персональні дані людини, право на доступ до інформації про себе та визначення її правового статусу, право на обмеження доступу до інформації тощо. Право на приватність в Інтернет-просторі є складовим елементом права на повагу до приватного життя, на який поширюється дія статті 8 Конвенції. Слід звернути увагу, що право на повагу до приватного життя, а відповідно і право на приватність, не є абсолютним, передбачається його обмеження. Але таке обмеження має відповідати критеріям: здійснюватися відповідно до закону (передбачуваність обмеження; дотримання законної процедури);

переслідувати легітимну мету; відповідні дії за всіх обставин є необхідними в демократичному суспільстві.

ЄСПЛ приділяє досить серйозну увагу захисту особистої інформації про особу. Так, у справі «Копланд проти Сполученого Королівства» ЄСПЛ визнав порушення статті 8 Конвенції щодо моніторингу інформації про телефонні дзвінки, використання електронної пошти чи Інтернету працівницею за відсутності відповідного закону для такого втручання, хоча не виключив ситуації, що такий моніторинг може в деяких випадках бути визнано «необхідним у демократичному суспільстві» і із законною метою, проте з огляду на відсутність законності втручання ЄСПЛ не розглядав питання необхідності в цій справі [17, п. 44]. Свої пріоритети Суд виклав у п. 43 Рішення в справі «Ротару проти Румунії», зазначивши, що мета Конвенції про захист прав фізичних осіб під час автоматизованої обробки персональних даних полягає в тому, щоб гарантувати кожній приватній особі дотримання її прав і основних свобод, і особливо права на особисте життя в аспекті автоматизованої обробки даних особистого характеру. Це ще більш вірно, якщо йдеться про дані, що зачіпають віддалене минуле особи [18, п. 43].

Роль держави в гарантуванні захисту персональних даних у мережі Інтернет. З позиції користувача Інтернет-ресурсів важливим залишається питання охорони його персональних даних, умови їх використання та поширення, а також механізмів захисту його прав у разі порушення. На державу покладається зобов'язання щодо гарантування таким особами належних умов для безпечного використання мережі Інтернет та розміщення там власних персональних даних. Відповідно до Рекомендації CM / Rec (2016) 5 (1) Комітету Міністрів держав-членів щодо Інтернет-свободи (далі – Рекомендація) на держави-члени Ради Європи покладаються як позитивні, так і негативні зобов'язання. Ця Рекомендація звертає увагу держав-членів на те, що будь-яке втручання держави в здійснення прав людини і основних свобод в Інтернеті має відповідати вимогам Конвенції. Окрім того, на державу покладається зобов'язання своєчасно і належним чином надавати громадськості інформацію про обмеження, які безпосередньо стосуються можливостей поширення конфіденційної інформації, з урахуванням відповідної правової бази, яка має безпосереднє до цього відношення. Закони мають гарантувати, що всі особисті дані є захищеними відповідно до статті 8 Конвенції [19].

Також на державу покладається зобов'язання щодо контролю за використанням персональних даних у мережі Інтернет. Так, за практикою міжнародного правотворення та правозастосування важливим є обов'язок володільця і розпорядника не допускати розголошення персональних даних, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням професійних чи службових або трудових обов'язків. Це зобов'язання конфіденційності є ключовим елементом під час дотримання прав суб'єкта персональних даних. При цьому володільць персональних даних самостійно має визначати, яких заходів слід вживати з метою забезпечення їх захисту [20, с. 104]. Проте саме на державу покладається обов'язок щодо контролю за такою діяльністю, правового регулювання та вчинення інших правомірних дій щодо спостереження за законним використанням персональних даних у мережі Інтернет.

Втручання держави в право на приватність в Інтернеті вимагає дотримання вимог законності, легітимності і пропорційності відповідно до статті 8 Конвенції, тобто використання так званого «трискладового тесту». Таким чином, відбувається забезпечення такого втручання в обмеження прав, яке було б виправданим у конкретних умовах. Загалом відповідно до практики ЄСПЛ за державою зберігається певна свобода розсуду щодо виявлення балансу між громадськими та приватними інтересами в контексті захисту права на приватність у сучасному

світі. Одночасно ця свобода залежить від характеру та значимості законних інтересів, а також ступеня необхідного втручання.

Шляхи удосконалення захисту права на приватність у мережі Інтернет. У Глобальній Інтернет-Доповіді 2016 року, що підготовлена міжнародним Інтернет Суспільством, робиться висновок такого змісту: «Без довіри в онлайн, найімовірніше, користувачі менше довірятимуть свою особисту інформацію в Інтернеті, і ті, хто ще не онлайн, матимуть причину залишатися в режимі офлайн. Інтернет економіка не буде зростати так швидко, як могла б, і Цілі Сталого Розвитку ООН (ЦСР) будуть набагато важче досяжні» [21, с. 30].

Загалом можна запропонувати два основних шляхи на міжнародному рівні щодо удосконалення сучасної системи захисту права на приватність в Інтернеті – нормативний та інституційний.

Так, нормативне регулювання права на приватність у мережі Інтернет на міжнародному рівні слід вважати малорозробленим. Питання права бути забутих, відповідальності за порушення порядку збереження, передавання, поширення, видалення інформації, що містить персональні дані, споживчої приватності, правомірної поведінки компаній, що займаються електронною комерцією, нині потребують ґрунтовного дослідження та закріплення. Це може бути як єдиний цілісний акт, так і їх сукупність, з огляду на різні аспекти захисту права на приватність. Важливим у цьому контексті має бути те, що це нормативне регулювання має діяти не лише на рівні декларацій та рекомендацій, які є джерелами «м'якого права», але і зобов'язували держави після їх ратифікації включення відповідних положень до національного законодавства та забезпечення їх виконання.

Особливого регулювання потребує транскордонна передача персональних даних та діяльність міжнародних компаній, що пов'язані із володінням та обробкою особистої інформації щодо особи. Тут виникає складність, оскільки держави мають співпрацювати на правовому полі у цій сфері, згуртовано та цілеспрямовано боротися з можливими порушеннями, незважаючи на кордони та складність впливу на суб'єктів відносин у сфері інтернет.

На рівні Ради Європи у 2012 році було створено Комітет експертів із прав Інтернет-користувачів (MSI-DUI), який займався дослідженням можливості адаптування прав до використання їх в Інтернеті. Цей комітет профункціонував із 6 липня 2012 року до 31 грудня 2013 року. Отже, на нашу думку, діяльність спеціально уповноважених інституцій у царині приватності в мережі Інтернет є необхідною. Тому можливим варіантом є створення міжнародної інституції (на рівні Ради Європи в контексті регіонального захисту права людини на приватність), із повноваженнями щодо забезпечення контролю за персональними даними, їх обробкою та поширенням, створення та удосконалення сучасного правового регулювання права на приватність у мережі Інтернет, контролю за діяльністю держав. Можливим є наділення цього органу компетенцією щодо розгляду індивідуальних скарг щодо порушень у цій сфері. З метою посилення дієвості та впливовості цього органу слід створити його філіали та представництва на рівні держав-учасниць.

Висновки. 1. Концепція приватності в мережі Інтернет бере свої витoki з основоположного права на повагу до приватного життя, однак у зв'язку з неспинним розвитком сучасних інформаційних технологій концепція приватності в інформаційному просторі перетворюється на окрему галузь права зі своїми інститутами, суб'єктами і правовідносинами. 2. Перед правом на приватність у сучасному діджиталізованому світі постає досить багато загроз та небезпек: незаконне поширення та заволодіння персональними даними, транскордонне переміщення, недостатнє нормативне врегулювання механізмів захисту від порушення, пошук балансу між втручанням держави у приватну інформацію та громадськими інтересами. 3. Забезпечення повноцінного захисту особи від порушення її права на приватність у мережі Інтернет нині є ускладненим у зв'язку з наявністю прогалин регулювання та відстеження можливих порушень цих меж «приватності» з боку інших суб'єктів.

Ця стаття є результатом взаємної наукової роботи авторів. Конфлікт інтересів відсутній.

Висловлюємо свою вдячність кандидату юридичних наук Д.С. Бойчуку, асистенту кафедри права Європейського Союзу НЮУ імені Ярослава Мудрого, за підтримку та допомогу у написанні статті.

ЛІТЕРАТУРА

1. The Human Rights Council A/HRC/38/L.10/Rev.1 «The promotion, protection and enjoyment of human rights on the Internet». 4 July 2018. URL: <https://www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/RegularSessions/Session38/Pages/ResDecStat.aspx>
2. Case of Ahmet Yildirim and others v. Turkey №3111/10. 18 December 2012. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115705>.
3. Загальна декларація прав людини. *Офіційний вісник України*. 2008. № 93. Ст. 89 (дата звернення 08.03.2021).
4. Конвенція Ради Європи «Про захист особи у зв'язку з автоматичною обробкою персональних даних». *Офіційний вісник України*. 2011. № 1. Ст. 701. (дата звернення 08.03.2021).
5. Пазюк А.В. Право на приватність в інформаційному суспільстві. URL: http://cyberpeace.org.ua/files/pravo_na_privatnist_v_informaciiomomu_suspil_stvi.pdf
6. Louis D. Brandeis, Samuel D. Warren The Right To Privacy. 1890. P. 193–220.
7. Правові засоби захисту та відновлення прав користувачів Інтернету в Україні в контексті застосування Посібника Ради Європи з прав людини для інтернет-користувачів за ред. А.В. Пазюка. 2015. 128 с. URL: <https://rm.coe.int/1680599465>
8. Про оголошення на сторінках пошуку, Gmail та інших вебсайтах. URL: <https://www.google.com/intl/uk/policies/privacy/archive/20171002/>
9. Khaled Saad. Electronic Contracts and Consumer Protection. Master Thesis. 2011. Indiana University School of Law – Indianapolis. URL: https://www.academia.edu/3556171/Electronic_Contracts_and_Consumer_Protection_Masters_Thesis
10. Caudill E.M. and Murphy P.E. Consumer Online Privacy: Legal and Ethical Issues, *Journal of Public Policy & Marketing*. 2000. Vol. 19. № 1. Pp. 7–19.
11. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної ради України за прав людини «Про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні». 2019 рік. URL: <https://www.ombudsman.gov.ua/files/Dopovid/zvit%20za%202019.pdf>
12. Буга В.В., Турбін Д.О. Право на забуття в системі захисту персональних даних. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 1 (70). URL: <http://repo.dli.donetsk.ua/bitstream/123456789/945/1/46-53.pdf>
13. Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González, Judgment of the Court of Justice of the European Union in Case C-131/12. 13 May 2014. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131>
14. Rees Ch. The «Right to Be Forgotten» or the «Principle That Has Been Remembered». *Computer Law & Security Review*. 2014. № 30. P. 574–578.
15. Тарнавська М.І. Спори про поширення відомостей у мережі Інтернет: суперечності судової практики. URL: <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2017/may/2584/vnulpurn201581356.pdf>
16. Конвенція про захист прав людини та основних свобод. *Офіційний вісник України*. 1998. № 13 (№ 32 від 23.08.2006). Ст. 270 (дата звернення 08.03.2021).

17. Рішення ЄСПЛ від 3 квітня 2007 року у справі «Копланд проти Сполученого Королівства» (Copland v. the United Kingdom), заява № 62617/00. URL: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjopPWq3K_vAhUH zYUKHdxVCSkQFjABegQIAhAD&url=https%3A%2F%2Fhudoc.echr.coe.int%2Fapp%2Fconversion%2Fpdf%2F%3Flibrary%3DECHR%26id%3D001-117767%26filename%3D001-117767.pdf%26TID%3Dihgdqbxnfi&usg=AOvVaw1S3divhw52NQT6pVPYTSvI

18. Рішення ЄСПЛ від 4 травня 2000 року у справі «Ротару проти Румунії» (Rotaru v Romania), заява № 28341/95. URL: <http://eurocourt.in.ua/Article.asp?Aidx=212>

19. Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom. URL: https://search.coe.int/cm/pages/result_details.aspx?objectid=09000016806415fa

20. Гуйван П.Д. Окремі питання міжнародно-правового регулювання обороту та захисту персональних даних. *Альманах міжнародно-го права*. 2018. № 20. С. 97–106. URL: <http://inlawalmanac.mgu.od.ua/v20/15.pdf>

21. Christian Thorun, Max Vetter, Lucia A. Reisch, Anne K. Zimmer Indicators of Consumer Protection and Empowerment in the Digital World: Results and Recommendations of a Feasibility Study. URL: https://www.researchgate.net/publication/315702138_Indicators_of_consumer_protection_and_empowerment_in_the_digital_world_Results_and_recommendations_of_a_feasibility_study

**ПІДСТАВИ ДЛЯ РОЗІРВАННЯ
ДОГОВОРУ ЗА ЦИВІЛЬНИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ**

**GROUNDS FOR TERMINATION
OF THE AGREEMENT UNDER THE CIVIL LEGISLATION OF UKRAINE**

**Чабан О.М., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри цивільного права та процесу**
Львівський торговельно-економічний університет

**Ратушна Б.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри права**
Львівський національний аграрний університет

У статті досліджуються підстави для розірвання договору. Визначається юридичне значення розірвання договору як спосіб захисту цивільного права та інтересу. Обґрунтовується, що односторонню відмову від договору у разі порушення його умов другою стороною можна розглядати як самозахист порушеного цивільного права. Право на односторонню відмову від договору особа може мати незалежно від його порушення другою стороною у разі, якщо це передбачено договором або законом.

Підставами для розірвання договору є договір (згода сторін), рішення суду, одностороння відмова від договору у повному обсязі, інші підстави, встановлені договором або законом.

Аналізується розірвання договору за взаємною згодою сторін, порядок оформлення розірвання договору на цій підставі. Домовленість про розірвання договору оформляється окремим двостороннім правочином або є складовою частиною договору, що розривається. Якщо договір укладений за участю третьої особи, яка скористалася своїм правом, сторони не можуть розірвати договір без згоди цієї особи, якщо інше не встановлено договором або законом.

Визначаються критерії істотності порушення договору, що дає можливість стороні звернутися до суду з вимогою про розірвання договору. Таке суб'єктивне право може бути реалізоване стороною незалежно від дотримання процедури позасудового врегулювання спору.

Відмова від договору розглядається як односторонній правочин. У випадках, передбачених законом або договором, відмова від договору може бути взаємною та односторонньою. Сторона може відмовитися від договору у разі невиконання умов договору другою стороною або незалежно від порушення умов договору. Закон надає сторонам договору право відмовитися від нього, коли договір повністю виконаний. Здійснити це право вони можуть, коли є пряма вказівка у законі.

Відмову від договору необхідно відрізнити від одностороннього розірвання договору. Критеріями розмежування права на односторонню відмову від договору та права на розірвання договору в односторонньому порядку у випадках, передбачених законом, на нашу думку, є невиконання або неналежне виконання умов договору другою стороною.

Досліджується дострокове розірвання договору на вимогу однієї зі сторін та одностороннє розірвання договору після виконання договору. У випадках, передбачених законом або договором, розірвання договору може відбуватися на стадії виконання договору (дострокове розірвання) та після виконання договору.

Ключові слова: договір, односторонній правочин, рішення суду, істотне порушення договору, розірвання договору, відмова від договору, підстави для розірвання договору.

The article examines the grounds for termination of the contract. The legal significance of the termination of the contract as a way to protect civil rights and interests is determined. It is substantiated that unilateral withdrawal from the contract in case of violation of its terms by the other party can be considered as self-defense of the violated civil law. A person may have the right to unilaterally withdraw from the contract, regardless of its violation by the other party, if it is provided by the contract or the law.

The grounds for termination of the contract are the contract (agreement of the parties), court decision, unilateral waiver of the contract in full, other grounds established by the contract or law.

The termination of the contract by mutual consent of the parties is analyzed, the procedure for terminating the contract on this basis. The agreement on termination of the contract is made out by the separate bilateral transaction or is an integral part of the terminated contract. If the contract is concluded with the participation of a third party who has exercised his right, the parties may not terminate the contract without the consent of this person, unless otherwise provided by contract or law.

The criteria for the materiality of the breach of contract are determined, which allows the party to apply to the court with a request to terminate the contract. Such a subjective right can be exercised by a party regardless of the out-of-court settlement procedure.

Withdrawal from the contract is considered as a unilateral transaction. In cases provided by law or contract, the withdrawal from the contract may be mutual and unilateral. The party may withdraw from the contract in case of non-compliance with the terms of the contract by the other party or regardless of the breach of contract. The law gives the parties to the contract the right to withdraw from it when the contract is fully performed. They can exercise this right when there is a direct instruction in the law.

The waiver of the contract must be distinguished from the unilateral termination of the contract. The criteria for distinguishing between the right to unilateral withdrawal from the contract and the right to terminate the contract unilaterally, in cases provided by law, in our opinion, is non-performance or improper performance of the contract by the other party.

Early termination of the contract at the request of one of the parties and unilateral termination of the contract after the contract is investigated. In cases provided by law or the contract, the termination of the contract may occur at the stage of performance of the contract (early termination) and after the performance of the contract.

Key words: contract, unilateral transaction, court decision, significant breach of contract, termination of contract, waiver of contract, grounds for termination of the contract.

Постановка проблеми. Припинення правовідношення, яке виникло на підставі договору, є одним зі способів захисту цивільних прав та інтересів. Припинення договору може відбуватися на різних підставах, однією з яких є розірвання договору. Водночас цивільним законодавством встановлені конкретні підстави для розірвання

договору, які в науковій літературі тлумачаться по-різному. Найбільш дискусійними питаннями є правова характеристика відмови від договору у повному обсязі та розірвання договору в односторонньому порядку, тому що досить часто їх ототожнюють або розмежовують за правовими наслідками. Правильне розуміння підстав для розірвання

договору важливе не тільки для договірної практики, а й для правозастосовної.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Підстави, правові наслідки, форма розірвання договору, розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин досліджувалося вченими вже неодноразово. Над такими питаннями працювали О. Дзера, Р. Майданик, С. Бернад, О. Бобошко, Р. Панькевич, А. Святошнюк, В. Примак тощо. Для дослідження та обговорення залишилися відкритими питання односторонньої відмови від договору та розірвання договору на вимогу однієї зі сторін, одностороннє розірвання договору після виконання договору, взаємна відмова сторін від договору після припинення договору.

Мета статті. Метою цього дослідження є визначення та характеристика підстав для розірвання цивільно-правового договору.

Виклад основного матеріалу. Цивільний кодекс України від 16 січня 2003 р. [1] (далі – ЦК України) визначає загальні підстави для розірвання договору, а норми щодо окремих видів договорів конкретизують такі підстави, зокрема щодо відмови від договору у повному обсязі та розірвання договору в односторонньому порядку. Правовим наслідком розірвання договору є припинення зобов'язання. Останнє розглядається цивільним законодавством як один зі способів захисту цивільних прав та інтересів судом (п. 7 ч. 2 ст. 16 ЦК України). Водночас у випадках, встановлених договором або законом, правовим наслідком порушення зобов'язання є припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання або розірвання договору (п. 1 ч. 1 ст. 611 ЦК України). Відповідно, юридичне значення розірвання договору полягає у тому, що це є спосіб захисту цивільного права та інтересу. Також у науковій літературі відмову від договору розглядають як самозахист порушеного цивільного права. Так, А. Святошнюк стверджує, що відмова від договору за своєю природою в одних випадках може розглядатися як захід оперативного впливу, який суб'єкт договірних правовідносин може застосувати без звернення до компетентних органів, тобто як захід самозахисту. В інших випадках (коли відбувається взаємна відмова сторін від договору шляхом укладення правозмінюючого або правоприпиняючого правочину) відмова від договору буде одним із засобів зміни або розірвання договірних зобов'язань [2, с. 245]. Як відомо, за цивільним законодавством у разі порушення цивільного права або протиправних посягань особа має право на самозахист цивільних прав. Тому саме одностороння відмова від договору у разі порушення його умов другою стороною є самозахистом порушеного цивільного права. Однак у випадках, передбачених договором або законом, право на односторонню відмову від договору особа може мати незалежно від його порушення другою стороною. Наприклад, таке право на відмову має наймач за договором найму житла. У ч. 1 ст. 825 ЦК України вказується, що наймач житла має право у будь-який час відмовитися від договору найму. При цьому має бути дотримана умова щодо письмового повідомлення про це наймодавця за три місяці. Відмова від договору у разі відсутності порушення зобов'язання, що виникло з договору, також є підставою для розірвання договору, однак це не можна оцінювати як самозахист цивільного права, оскільки немає порушення цивільного права чи протиправного посягання.

На думку А. Святошнюк, підставами зміни або розірвання цивільно-правового договору слід вважати юридичний факт чи їх сукупність, тобто життєву обставину або сукупність обставин, з якими норми цивільного права пов'язують зміну або розірвання договору [2, с. 243]. Як зазначає О. Бобошко, дії щодо розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин за своєю юридичною природою є правочиним, до якого застосовуються загальні правила про вчинення правочину [3, с. 13]. У цивільному

законодавстві передбачені підстави виникнення цивільних прав та обов'язків (ст. 11 ЦК України), а також підстави припинення зобов'язання (ст. 598 ЦК України). Статтею 651 ЦК України визначені підстави для розірвання договору: 1) договір (згода сторін); 2) рішення суду; 3) одностороння відмова від договору у повному обсязі; 4) інші підстави, встановлені договором або законом.

Якщо інше не встановлено договором або законом, розірвання договору допускається за взаємною згодою. Така взаємна згода сторін є домовленістю, спрямованою на припинення цивільних прав та обов'язків. За правовою характеристикою ця домовленість є двостороннім правочиним. Практичне значення має правильне оформлення взаємної згоди сторін для розірвання договору. При цьому треба керуватися нормою ст. 654 ЦК України, згідно з якою правочин про розірвання договору вчиняється в такій самій формі, що й договір, що розривається, якщо інше не передбачено договором, законом, звичаями ділового обороту. Прикладом домовленості сторін про розірвання договору за ч. 1 ст. 651 ЦК України є право сторін договору купівлі-продажу домовитися, що одна сторона придбає в іншій стороні право розірвати цей договір в односторонньому порядку (ч. 1 ст. 658-1 ЦК України). Це означає, що право на розірвання договору визначено як одна з умов договору купівлі-продажу, і в такому разі непотрібно ці правовідносини оформляти окремим договором. Отже, домовленість про розірвання договору оформляється окремим двостороннім правочиним або є складовою частиною договору, що розривається.

В окремих випадках не досить для розірвання договору за участю третьої особи досягнення взаємної згоди тільки сторін договору (наприклад, страховика та страхувальника за договором страхування, управителя та установника управління за договором управління майном, відчувача та набувача за договором довічного утримання тощо), необхідна згода третьої особи. Так, у ч. 3 ст. 636 ЦК України встановлено, що з моменту вираження третьою особою наміру скористатися своїм правом сторони не можуть розірвати договір без згоди третьої особи, якщо інше не встановлено договором або законом.

Другою підставою для розірвання договору є рішення суду. За ч. 2 ст. 651 ЦК України договір може бути розірвано за рішенням суду на вимогу однієї зі сторін у разі істотного порушення договору другою стороною. Слушною є думка О. Дзери, що існування такого правила свідчить про несправедливість правової норми, яка безпідставно відмовляє особі у захисті неістотно порушеного права [4, с. 280]. Критерії істотності порушення умов договору неодноразово досліджувалися у науковій літературі [4; 5; 6; 7], а також напрацьовані усталеною судовою практикою Верховного Суду України [8]. Термін «істотне порушення договору» вживається у нормах, що регулюють окремі види договірних зобов'язань. Приміром, ст. 872 ЦК України називається «Права замовника у разі істотного порушення підрядником договору побутового підряду», у ч. 2 ст. 678 ЦК України застосовується термін «істотне порушення вимог щодо якості товару». Важливим є те, що істотне порушення умов договору підрядником за договором побутового підряду або продавцем за договором купівлі-продажу може бути підставою вимагати розірвання договору або заміни товару.

Виходячи зі змісту абз. 2 ч. 2 ст. 651 ЦК України, на нашу думку, критеріями істотного порушення договору однією зі сторін є: факт порушення договору незалежно від вини; наявність шкоди; співвідношення того, на що розраховувала сторона, укладаючи договір, та що реально отримала. Як зазначено у Постанові Верховного Суду від 12 лютого 2019 року у справі № 914/2649/17, здійснити своє суб'єктивне право на розірвання договору через пряму вказівку, що міститься у ч. 2 ст. 651 ЦК України, сторона договору може незалежно від застосування процедури позасудового врегулювання спору [9].

Третьою підставою розірвання договору є одностороння відмова від договору у повному обсязі, якщо це передбачено договором або законом. Відмова від договору на вимогу однієї зі сторін за правовою характеристикою є одностороннім правочином, волевиявленням однієї особи, що спрямоване на припинення прав та обов'язків за договором. Наприклад, праволоділець або користувач за безстроковим договором комерційної концесії має право на односторонню відмову від договору, повідомивши про це другу сторону не менш як за шість місяців, якщо більш тривалий строк не встановлений договором (ч. 1 ст. 1126 ЦК України). За договором транспортного експедирування клієнт або експедитор має право відмовитися від договору, попередивши про це другу сторону в розумний строк (реч. 1 ч. 1 ст. 935 ЦК України). У наведених прикладах кожна зі сторін договору може відмовитися від договору незалежно від порушення умов договору другою стороною. В окремих випадках закон передбачає не тільки обов'язок повідомити другу сторону про відмову від договору, але й отримати на це згоду від неї. Це підтверджується загальною нормою, що міститься у ч. 2 ст. 214 ЦК України: особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін відмовитися від нього. Наведемо приклад щодо конкретного виду договору. Так, страховик не має права відмовитися від договору особистого страхування без згоди на це страхувальника, який не допускає порушення договору, якщо інше не встановлено договором або законом.

Згідно з ч. 1 ст. 615 ЦК України, у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Відповідно до ч. 1 ст. 782 ЦК України наймодавець має право відмовитися від договору найму і вимагати повернення речі, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. Якщо страхувальник прострочив внесення страхового платежу і не сплатив його протягом десяти робочих днів з пред'явлення страховиком письмової вимоги про сплату страхового платежу, страховик може відмовитися від договору страхування, якщо інше не встановлено договором. У таких випадках реалізація суб'єктивного цивільного права (права на відмову від договору) спрямована на припинення виконання свого обов'язку та захист порушених цивільних прав.

Згідно з ч. 2 ст. 214 ЦК України, особи, які вчинили дво- або багатосторонній правочин, мають право за взаємною згодою сторін, а також у випадках, передбачених законом, відмовитися від нього, навіть і в тому разі, якщо його умови повністю ними виконані. Виконання зобов'язання є підставою припинення договору. Закон надає сторонам договору право відмовитися від нього, коли договір виконаний. Здійснити це право вони можуть, коли є пряма вказівка у законі.

Відмову від договору, якщо це передбачено договором або законом, необхідно відрізнити від одностороннього розірвання договору. Наприклад, ст. 782 ЦК України передбачає право наймодавця відмовитися від договору найму, ст. 783 ЦК України регулює розірвання договору найму на вимогу наймодавця, а ст. 784 ЦК України містить норми щодо розірвання договору найму на вимогу наймача. Відмова учасника від договору або розірвання договору на вимогу одного з учасників є підставою припинення договору простого товариства (п. 4 ч. 1 ст. 1141 ЦК України). Які ж критерії використовує законодавець у визначенні права на односторонню відмову від договору та права на розірвання договору на вимогу однієї зі сторін? На нашу думку, важливим є те, що здійснення права на односторонню відмову від договору, яка передбачена договором або законом, має наслідком припинення виконання свого обов'язку у зв'язку з невиконанням умов договору другою стороною. Так, за ст. 782 ЦК України наймодавець може

реалізувати своє право на відмову від договору, якщо наймач не вносить плату за користування річчю протягом трьох місяців підряд. Звідси: наймач уже три місяці підряд не виконує свого обов'язку, у зв'язку з цим наймодавець хоче припинити правовідносини найму, а саме виконання свого обов'язку надати майно у користування та вимагати повернення речі. Право ж на розірвання договору в односторонньому порядку здійснюється у разі неналежного виконання другою стороною умов договору. Закон передбачає розірвання договору найму на вимогу наймодавця, якщо наймач користується річчю всупереч договору або признання речі, наймач без дозволу наймодавця передає річ у користування іншій особі або наймач своєю недбалою поведінкою створює загрозу пошкодження речі. Але у разі неналежного виконання умов договору найму наймач виконує істотні умови договору, зокрема справно сплачує плату за користування майном. Тому критеріями розмежування права на односторонню відмову від договору та права на розірвання договору в односторонньому порядку у випадках, передбачених законом, на нашу думку, є невиконання або неналежне виконання умов договору другою стороною.

Також необхідно дослідити питання дострокового розірвання договору на вимогу однієї зі сторін та одностороннє розірвання договору після виконання договору. Обидва права на розірвання договору здійснюються у випадках, передбачених законом або договором. Наведені вище приклади реалізації права на одностороннє розірвання договору передбачають дострокове припинення договору. Право ж на одностороннє розірвання договору після виконання договору визначено, наприклад, ст. 727 ЦК України. Зокрема, таке право має дарувальник за договором дарування. Законом встановлено, що дарувальник може реалізувати своє право на одностороннє розірвання договору дарування нерухомих речей чи іншого особливо цінного майна у разі умисного вчинення обдаровуваним кримінального правопорушення проти здоров'я, життя, власності дарувальника, його батьків, дружини (чоловіка) або дітей. Також дарувальник має право вимагати розірвання договору у разі створення обдаровуваним загрози безповоротної втрати дарунка, що має для дарувальника велику немайнову цінність. І третя умова, за якої дарувальник може здійснити право на розірвання договору, передбачене законом, – дарунок, який становить культурну цінність, що може бути знищений або істотно пошкоджений внаслідок недбалого ставлення обдаровуваного до нього. У нормах коментованої статті не вказується, що право вимагати розірвання договору дарувальник має після розірвання договору. Однак це впливає із суті договору дарування, тому що право власності обдаровуваного на дарунок виникає з моменту його прийняття. Якщо ж обдаровуваний продав дарунок або подарував чи обміняв, то дарувальник не має права вимагати розірвання договору дарування. Адже у ч. 4 ст. 727 ЦК України зазначено, що дарунок має бути збереженим на момент пред'явлення вимоги дарувальником про розірвання договору дарування. Під збереженим дарунком необхідно розуміти наявність у обдаровуваного речі і фактично, і юридично.

Висновки. Підстави для розірвання договору визначаються законом або договором. За наявністю чи відсутністю згоди сторін договору розірвання договору поділяється на взаємне та одностороннє. Розірвання договору може відбуватися на стадії виконання договору (дострокове розірвання) та після виконання договору. Підставами для розірвання договору є взаємна згода сторін (договір); односторонній правочин (розірвання договору на вимогу однієї сторони, одностороння відмова від договору у повному обсязі); рішення суду. У випадках, передбачених законом або договором, відмова від договору може бути за згодою сторін та одностороння. Право на відмову виникає у разі порушення договору другою

стороною або незалежно від порушення договору другою стороною. Розірвання договору в односторонньому порядку необхідно відрізнити від односторонньої відмови від договору. Останнє суб'єктивне цивільне право

одна зі сторін має у разі невиконання умов договору другою стороною. Право ж вимагати розірвання договору може реалізувати одна зі сторін, якщо друга сторона неналежно виконує умови договору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільний кодекс України : Закон України від 16 січ. 2003 р. № 435-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text> (дата звернення: 19.02.2021).
2. Святошнюк А.Л. Підстави для зміни або розірвання цивільно-правового договору за законодавством України. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2012. Вип. 20. Част. II. Т. 1. С. 243–246. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/13524/1> (дата звернення: 09.12.2020).
3. Бобошко О.О. Зміна або розірвання договору у зв'язку з істотною зміною обставин : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня к-та юрид. наук : 12.00.03. Одеса, 2019. 20 с.
4. Цивільне право України. Особлива частина : підручник / за ред. О.В. Дзери, Н.С. Кузнецової, Р.А. Майданика. Вид. 5-те, стереотипне. Київ : Юрінком Інтер, 2017. 1176 с.
5. Макарчук Л.В. Критерії істотності порушення договору як підстави його розірвання. *Часопис Київського університету права*. 2013. № 2. С. 201–205. URL: <http://www.irbis-nbuv.gov.ua> (дата звернення: 10.12.2020).
6. Весна Н.О. Істотне порушення договору як підстава його розірвання в міжнародному та зарубіжному праві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Сер. Право*. 2016. Вип. 38, т. 1. С. 76–79. URL: <https://www.google.com/search?> (дата звернення: 17.12.2020).
7. Примак В. Розірвання договору як спосіб цивільно-правового захисту в кризових умовах. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 5. С. 43–49. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2020/5/8.pdf> (дата звернення: 21.01.2021).
8. Критерії істотності порушення умов договору як підстави дострокового розірвання договору на вимогу сторони. *Блог Адвоката Морозова : вебсайт*. URL: https://advokat-morozov.blogspot.com/2020/06/blog-post_30.html (дата звернення 29.01.2021).
9. Постанова від 12 лютого 2019 р. у справі № 914/2649/17 (провадження № 12-216rc18) / Верховний Суд. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79958104> (дата звернення: 22.10.2020).

**РОЗГЛЯД ЦИВІЛЬНИХ СПРАВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ В РЕЖИМІ
ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ ЯК СКЛАДНИК ДОСТУПУ ДО ПРАВОСУДДЯ****CONSIDERATION OF CIVIL CASES IN COURT BY VIDEOCONFERENCE
AS A COMPONENT OF ACCESS TO JUSTICE****Чорна А.І., студентка III курсу***Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України***Дяченко С.В., к.ю.н., доцент, адвокат,
доцент кафедри цивільного права та процесу***Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України*

Стаття присвячена порядку розгляду цивільних справ у судовому засіданні в режимі відеоконференції. Упровадження режиму відеоконференції, безумовно, сприяє всебічному, повному та об'єктивному дослідженню обставин справи. Проаналізовано актуальні доктринальні положення про поняття відеоконференції, її значення та особливості, обґрунтовано позиції, думки вчених із цього питання. Детально охарактеризовано порядок участі осіб у судовому засіданні в режимі відеоконференції та акцентовано увагу на розгляді цивільних справ у режимі відеоконференції за межами приміщення суду в умовах карантинних обмежень. Зазначено, що в період карантину відбулися суттєві зміни в законодавстві України щодо здійснення цивільного правосуддя. Так, учасники справи можуть брати участь у судовому засіданні з дому або власного робочого місця.

Встановлено, що режим відеоконференції спрощує і прискорює роботу судів, допомагає учасникам цивільного процесу економити час та кошти. З'ясовано, що розгляд справ у режимі відеоконференції є важливою гарантією забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у цивільному процесі, та дозволяє більш продуктивно розглядати справи в суді.

Також досліджено значення відеоконференції в цивільному процесі в контексті позитивних та негативних аспектів. Виявлено, що не завжди можливе використання режиму відеоконференції через недостатню технічну оснащеність судів та надмірну завантаженість судів. У ході дослідження обґрунтовується практика судів щодо розгляду цивільних справ у режимі відеоконференції як доступу громадян до правосуддя. Відповідно, розгляд цивільних справ у дистанційному режимі є сучасним механізмом та ефективним засобом реалізації права особи на своєчасний розгляд справи та права на справедливий суд. Проведення судових засідань у режимі відеоконференції сприяє ефективному виконанню судом загальних принципів цивільного судочинства, зокрема відкритості та гласності.

Електронний суд постійно удосконалюється задля швидкого та доступного судочинства та є одним із варіантів виходу із ситуації, в якій суспільство сьогодні перебуває, пов'язаної з недовірою до судової влади.

Ключові слова: суд, правосуддя в цивільних справах, цивільне судочинство, відеоконференція, своєчасний розгляд справ, електронне судочинство, судова практика.

The article is devoted to the procedure of consideration of civil cases in court by videoconference. The introduction of videoconferencing certainly contributes to a comprehensive, complete and objective investigation of the circumstances of the case. The current doctrinal provisions on the concept of videoconferencing, its meaning and features are analyzed, the positions and opinions of scientists on this issue are substantiated. The procedure for participation of persons in a court hearing by videoconference is described in detail and attention is focused on the resolution of civil cases by videoconference outside the court premises under quarantine restrictions. It is noted that during the quarantine period there were significant changes in the legislation of Ukraine on the administration of civil justice. Yes, the parties to the case can take part in the court hearing from home or their own workplace.

It has been established that the videoconferencing regime simplifies and speeds up the work of courts, helps participants in civil proceedings to save time and money. It has been found that videoconferencing is an important guarantee of the safety of those involved in civil proceedings and allows for more productive court proceedings.

The importance of videoconferencing in civil proceedings in the context of positive and negative aspects is also studied. It was found that it is not always possible to use the videoconferencing mode due to insufficient technical equipment of courts and excessive workload of judges. The study substantiates the practice of courts to consider civil cases by videoconference, as access of citizens to justice. Accordingly, the consideration of civil cases remotely is a modern mechanism and an effective means of exercising the right of a person to timely consideration of the case and the right to a fair trial. Conducting court hearings by videoconference facilitates the effective implementation by the court of the general principles of civil procedure, including openness and publicity.

Consideration of cases by videoconference, the Electronic Court is constantly improving for the sake of fast and accessible court proceedings and is one of the ways out of the situation in which society today is distrustful of the judiciary.

Key words: court, civil justice, civil proceedings, videoconference, timely consideration of cases, electronic rule-making, judicial practice.

Вступ. Сьогодні пріоритетним напрямом реформування законодавства України залишається підвищення ефективності судової системи, що є одним із вагомих чинників захисту порушених, невизнаних або оспорюваних прав, свобод чи інтересів фізичних осіб, прав та інтересів юридичних осіб та інтересів держави. Слід зазначити, що судова система буде вважатись ефективною, коли вона повною мірою відповідатиме сучасним реаліям нашого часу, діятиме відповідно до міжнародних стандартів судочинства.

Елементом здійснення правосуддя є визнання, забезпечення прав людини на звернення до суду, що в результаті гарантувало би право на справедливий судовий розгляд, можливість отримати повний та своєчасний захист

її порушених, невизнаних прав та охоронюваних законом інтересів.

Стан дослідження. Питання щодо застосування відеоконференції в судових засіданнях досліджувалось у наукових працях таких вчених: Н. Карпова, К. Архіпової, С. Ширіна, М. Бортуна, О. Толочка, О. Волеводза, В. Маляренка, В. Мурадова, В. Стратонова, Л. Щербини, М. Якимчука та ін. Низка вчених приділяє також увагу перспективам подальшого розвитку електронного судочинства в цивільному процесі, а саме О. Кудрявцева, І. Гавриленко, В. Ярова та інші.

Метою статті є дослідження змісту відеоконференції як невід'ємного елемента доступу громадян до правосуддя та здійснення на його основі аналізу практики щодо

розгляду та вирішення судами справ у режимі відеоконференції.

Методи дослідження. Методологічною базою нашої наукової роботи стали загальнонаукові та спеціальні методи наукового пізнання, а саме: формально-логічний метод, який є основою для дослідження значення та сутності режиму відеоконференції; за допомогою теоретико-прогностичного методу ми дослідили теоретичні аспекти режиму відеоконференції в цивільному процесі; використання філософсько-правового методу дало змогу проаналізувати судову практику з розгляду цивільних справ у режимі відеоконференції.

Ми живемо в сучасному світі, де невпинний розвиток інформаційного суспільства вимагає перетворень, змін у різноманітних сферах життя суспільства. Новації нашого життя не оминули і питання щодо здійснення правосуддя, зокрема в цивільному процесі. Насамперед, розглядаючи справи в режимі відеоконференцій, забезпечується доступність учасників процесу, тим самим виконується одна з найважливіших умов судового процесу.

Відповідно до положень Цивільного процесуального кодексу України особа має можливість з'явитися до зали судового засідання особисто або в режимі відеоконференції. Тож буде доцільно для початку дослідити поняття «відеоконференція».

Незважаючи на стрімкий розвиток технологій, порядок розгляду справ у режимі відеоконференції викликав чимало дискусій серед науковців щодо визначення самого терміна «відеоконференція». Ми згодні з думкою А. Сизоненко, який трактує відеоконференцію як «двосторонній відео-, аудіов'язок між двома пунктами, відстань між якими не має значення, у режимі реального часу» [1, с. 96]. Режим відеоконференції широко застосовується на практиці щодо розгляду цивільних справ, адже він виконується за допомогою сучасних телекомунікаційних засобів, де учасники процесу віддалені один від одного.

Під поняттям відеоконференція розуміється певна послідовність чітких дій, «процедура, що виконується за посередництвом телекомунікаційних технологій, де одна особа, що наділена повноваженнями, знаходиться в місці основного провадження, а інша особа, учасник процесуальної дії, перебуває в іншому місці» [2, с. 97]. Це означає, що засідання відбувається без присутності особи в судовому засіданні, за місцем її перебування.

Для того щоб органи судової влади найбільш ефективно здійснювали правосуддя, важливо, щоб держава забезпечила кожне приміщення суду найсучаснішими технічними засобами. Це полегшить доступ до правосуддя та прискорить вирішення справ.

Отже, який порядок участі в судовому засіданні в режимі відеоконференції? Насамперед учаснику необхідно подати клопотання про участь у такому режимі (воно має бути подано не пізніше п'яти днів до початку судового засідання) та вказати суд, де необхідно забезпечити організацію його проведення (ч. 8 ст. 212 ЦПК України) [3]. А суд, який отримав ухвалу про проведення відеоконференції, зобов'язаний забезпечити проведення відеоконференції.

Ознайомившись із підходами науковців щодо розуміння відеоконференції, можемо виокремити такі її характерні ознаки: 1) здійснюється за допомогою технічних засобів відео- та аудіов'язку; 2) учасники цивільного процесу просторово віддалені (один із них знаходиться поза межами зали судового засідання); 3) відбувається в режимі реального часу; 4) учасники взаємодіють на відстані шляхом обміну інформацією, що здійснюється одночасно. Таким чином, відеоконференція забезпечує реалізацію таких принципів цивільного процесу, як відкритість, гласність розгляду справ, а також своєчасне надсилання судових рішень.

Інформаційні технології дають змогу прискорити судовий процес, мають відповідні ресурси для того, щоб здій-

снення судочинства не перетворилось на таємне дійство за участю задалегідь визначених акторів [4, с. 113].

Ми бачимо, що розгляд справ у режимі відеоконференції є складовою частиною судових процесів та тісно пов'язаний із забезпеченням принципу доступу до правосуддя, який становить основу сучасної концепції справедливого суду [4, с. 113]. Більш того, він є передумовою утвердження повноцінного й цілісного механізму захисту прав і свобод людини.

Для кращого розуміння суті та значення відеоконференції в цивільному процесі слід розглянути її в контексті позитивних аспектів та наявних недоліків. Сьогодні відеоконференція в цивільному судочинстві як ніколи відіграє важливу роль, оскільки гарантує доступність процесу для всіх його учасників незалежно від місця знаходження, дає можливість заощадити кошти як для учасників процесу, так і для судової влади, зберегти час, що пришвидшить судовий процес та захистить учасників від надмірного затягування процесу, що дуже актуально в нашій країні. Щодо недоліків, то зазначимо, що існує низка питань участі в судовому процесі в режимі відеоконференції, що законодавчо не врегульовано, не всі учасники процесу вміють використовувати новітні технології.

На нашу думку, необхідним є закріплення поняття «відеоконференція» та надання чіткого визначення в Цивільному процесуальному кодексі, що дасть змогу учасникам цивільного процесу однозначно трактувати та розуміти його зміст.

Перед владою, українським суспільством завжди стояло завдання побудови демократичної та правової держави, що є можливим лише з дотриманням основоположного принципу верховенства права. Конституційна реформа 2016 року проголошує, що суди у своїй професійній діяльності повинні керуватися не лише законом, як це було до реформи, а й принципом верховенства права, оскільки саме суд, як ніхто інший, є гарантом забезпечення верховенства права та несе відповідальність за його стан в суспільстві. Ми всі прагнемо того, щоб розгляд справ здійснювався незалежним, безстороннім судом з повагою до честі, гідності та прав людини. Адже вищезгаданий принцип означає домінування права в державі та пріоритет прав людини.

Ми усвідомлюємо, з якою швидкістю впроваджуються в наше життя технології (електронні підписи, електронне судочинство), що стали невід'ємною частиною діяльності органів державної влади, юридичних установ.

Розгляд цивільних справ у дистанційному режимі є сучасним механізмом, ефективним засобом реалізації права особи на доступ до цивільного судочинства та права на справедливий суд.

Вже більше року в Україні впроваджено карантинні обмеження. За цей час у законодавстві України відбулась низка оновлень, які не оминули й питання щодо здійснення цивільного правосуддя.

Сучасні події у світі створюють життєві виклики у забезпеченні прав людини, водночас допомагають нам пришвидшитись у розвитку судових технологій. Ми побачили, що основні зміни припали саме на період поширення коронавірусної інфекції, в результаті якої були прийняті дієві рішення щодо захисту основоположних прав громадян.

Такий елемент судового процесу, як відеоконференція, набув свого розвитку під час введення карантину, коли було забезпечено можливість брати участь у судовому процесі через відеоконференцію не лише в приміщенні суду, який наближений до учасника процесу, а також із місця проживання чи роботи. Це, відповідно, зменшило кількість людей, які відвідують суд, та убезпечило багатьох від зараження. Це положення закріплюється в ч. 1 ст. 212 ЦПК України, де зазначається, що особа може брати участь у судовому засіданні в режимі відеоконфе-

ренції поза межами приміщення суду за умови наявності в суді відповідної технічної можливості [5].

Отже, для участі в судовому засіданні поза межами суду учаснику процесу, перш за все, необхідно: 1) мати цифровий підпис для подальшої реєстрації; 2) перевірити наявність технічних засобів; 3) зареєструватися на офіційному сайті судової влади України (www.court.gov.ua), найпопулярнішою системою є «EASYCON»; 4) подати заяву головному судді; 5) отримати підтвердження про участь, що надсилається на електронну пошту чи номер телефону [5].

Проте не всі учасники процесу можуть брати участь у судовому засіданні поза межами приміщення суду, це стосується свідка, перекладача, спеціаліста, експерта, які під час судового розгляду перебувають виключно в приміщенні суду [3].

Важливим моментом є також запровадження європейського принципу, концепції з організації розгляду справ у цивільному судочинстві ("case management"). Це є актуальним, оскільки українські суди перевантажені, а справи розглядаються протягом тривалого строку. Дана концепція має гарантувати ефективний та швидкий розгляд цивільної справи [6, с. 135].

Все частіше учасники процесу подають документи до суду в електронному вигляді, що є способом пониження розміру ставки судового збору. Тому якщо бажаєш платити менший судовий збір, то цифруй процесуальні документи самостійно [7, с. 13].

Також слід зазначити, що пандемія по-своєму вплинула на доступ до правосуддя, оскільки не всі суди забезпечують рівний доступ до нього. Насамперед це стосується представників ЗМІ, спостерігачів, для яких був обмежений доступ до приміщень суду.

На нашу думку, доцільно було би законодавчо в ЦПК України врегулювати питання про застосування відеоконференції щодо потерпілого, який перебуває за межами країни.

Розгляд цивільних справ у судовому засіданні в режимі відеоконференції стає досить поширеним серед учасників судового процесу, зокрема, у період карантинних обмежень. Позитивним аспектом це є також для органів судової влади, оскільки завдяки використанню режиму відеоконференції знижуються судові витрати та прискорюється судовий процес загалом.

Цивільне судочинство в режимі відеоконференції насамперед означає зручність та доступність для учасників процесу.

Як свідчить досвід зарубіжних країн, режим відеоконференції є ефективним механізмом, засобом спрощення та прискорення розгляду конкретних справ.

Варто зазначити, що не лише в законодавстві України, а й у законодавстві багатьох інших країн світу у зв'язку із сьогодишньою ситуацією відбулися суттєві зміни щодо врегулювання цього питання. Режим відеоконференції як доступ громадян до правосуддя ефективно використовується в багатьох інших державах, таких як Велика Британія, США, Литовська Республіка, Сінгапур тощо.

Касаційний цивільний суд повідомив, що під час розгляду справ у судових засіданнях буде враховувати рекомендації Ради суддів щодо епідеміологічних заходів [8].

У період введення новачок, вдосконалення дистанційного правосуддя суди продовжують свою діяльність.

Пандемія змушує забезпечити від захворювання як працівників судів, так і відвідувачів, та прагнути до дис-

танційної роботи. Наприклад, 26 червня 2020 року Жовтневий районний суд м. Харкова задовольнив клопотання про проведення судового засідання в режимі відеоконференції поза межами приміщення суду. Представник позивача використовував власні технічні засоби, брав участь у засіданні за допомогою системи "EasyCon" [9].

У законодавстві України відсутній чіткий перелік випадків, у яких суд може постановити ухвалу про відмову участі особи такому режимі. Таким чином, кожний випадок – індивідуальний, і лише суд, урахувавши обставини справи, її складність, може дійти висновку про задоволення клопотання. Так, суддя Приморського районного суду міста Одеси дійшов висновку про відмову в задоволенні клопотання, оскільки особа не надала суду достатніх доказів [10].

З огляду на вдалий досвід зарубіжних країн можна говорити, що учасники можуть самостійно переконатися в неупередженості судді у вирішенні справи.

Розгляд справ у режимі відеоконференції здійснюється за допомогою загальнодоступних програм, таких як Skype, Zoom тощо. Використання цих програм учасниками процесу забезпечує їм право брати участь у процесі у віддаленому режимі. Вважаємо, що така тенденція продовжиться та залишиться актуальною і після закінчення карантину.

Такий підхід до організації судочинства з використанням новітніх інформаційних технологій дасть змогу максимально наблизити зацікавлених осіб до судового розгляду справи з одночасною економією людських ресурсів та інтенсифікувати здійснення правосуддя [4, с. 113].

На нашу думку, для успішної реалізації режиму відеоконференції державі необхідно звернути увагу на обладнання залів судових засідань, технічні засоби, щоб судові органи могли здійснювати правосуддя найбільш ефективним способом. Також доцільно закріпити в ЦПК України повноваження судді та секретаря під час дистанційної роботи суду, порядок ідентифікації персональних даних учасників справи.

З огляду на праці науковців можна стверджувати, що перехід українських судів до електронного судочинства, дистанційний розгляд справ є впевненим кроком вперед, проте на даний час є не таким результативним. Можливо, через відсутність рішучості знайти ефективний варіант доступу до правосуддя для всіх громадян.

Висновок. Ми живемо у світі постійних трансформацій, а життєві виклики допомагають пришвидшитись нам у розвитку судових технологій. Так, для забезпечення гарантій відкритості, гласності, а також своєчасного надсилання судових рішень особливого значення набуває процедура розгляду цивільних справ у режимі відеоконференції, мета якої – скоротити строки розгляду справ та забезпечити доступ громадян до правосуддя.

Проведене дослідження дозволяє зробити такі висновки:

1) застосування відеоконференції покликане не обмежувати особу в доступності до правосуддя, дає змогу переконатися в реалізації принципу безпосередності, неупередженості судді у вирішенні справи;

2) розгляд справ у режимі відеоконференції позитивно впливає на процес здійснення правосуддя;

3) практика показує, що є й певні недоліки, проте їх можна уникнути завдяки подальшим напрацюванням щодо розгляду справ у такому режимі.

Отже, розгляд справ у режимі відеоконференції створює комфортні умови для якісного вирішення спору з дотриманням розумних строків та економією коштів.

ЛІТЕРАТУРА

- Сизоненко А. Відеозв'язок як засіб проведення слідчих дій за межами України. *Право України*. 2003. № 3. С. 96–99.
- Бортун М. Актуальні питання проведення допиту у режимі відеоконференції. *Вісник Національної академії прокуратури України*. 2014. № 1(34). С. 64–70.
- Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18 березня 2004 р. № 40-41. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15> (дата звернення: 04.03.2021).

4. Цісар Г., Дяченко С. Реалізація принципу верховенства права через призму електронного судочинства: теоретичні та практичні підходи. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. 2018. № 6. Т. 1. С. 111–114. URL: http://apnl.dnu.in.ua/6_2018/tom_1/26.pdf (дата звернення: 07.03.2021).
5. Верховний суд. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/925995> (дата звернення: 14.03.2021).
6. Песоцька Ю., Дяченко С. Європейський принцип "case management" та необхідність його реалізації в цивільному судочинстві України. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. № 8. С. 133–136. URL: http://www.lsej.org.ua/8_2020/34.pdf (дата звернення: 14.03.2021).
7. Лопушанська К., Дяченко С. Основні аспекти функціонування електронного правосуддя у цивільному судочинстві. *Соціологія права*. 2019. Вип. 3(30). С. 12–16. URL: http://www.soclaw.idpna.kyiv.ua/archive/2019/3/3_2019.pdf (дата звернення: 14.03.2021).
8. URL: <https://rpr.org.ua/news/sudova-vlada-na-karantyni-iak-covid-19-vplynuv-na-ukrains-ki-sudy> (дата звернення: 19.03.2021).
9. Ухвала Приморського районного суду міста Одеси від 5 червня 2019 р. у справі № 522/20027/18. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/82195763> (дата звернення: 19.03.2021).
10. Ухвала Жовтневого районного суду міста Харкова від 26 червня 2020 р. у справі № 639/1830/20. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/90063088> (дата звернення: 19.03.2021).

**ПРАВОВІ ПИТАННЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ
ІНФОРМАЦІЙНОЇ БЕЗПЕКИ ОСОБИ В УКРАЇНІ****LEGAL ISSUES OF PROVIDING INFORMATION SECURITY IN UKRAINE****Шабета С.А., провідний науковий співробітник***Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України***Несін В.В., провідний науковий співробітник***Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України*

У статті проаналізовано правові питання забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні. Встановлено, що забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні має нерозривний зв'язок із інформаційним законодавством. Інформаційне законодавство та законодавство щодо інформаційної безпеки особи є відносно новою галуззю законодавства України й наразі перебуває тільки на етапі становлення. У цьому аспекті найбільш прийнятним варіантом його розвитку, на наш погляд, є розробка єдиного консолідованого нормативного акта, який визначить понятійний апарат; основні напрями державної політики забезпечення інформаційної безпеки особи, суспільства та держави; об'єкти інформаційної безпеки; суб'єктів, на яких покладається обов'язок її забезпечення; основні загрози інформаційній безпеці та способи протидії тощо. Під час проведеного дослідження було визначено, що правові питання забезпечення інформаційної безпеки особи безпосередньо пов'язані із визначенням загроз інформаційній безпеці особи і правових шляхів їх подолання. Першою загрозою є правовий вакуум у більшості питань забезпечення інформаційної безпеки особи, тобто відсутність єдиного нормативного акта, який би регламентував поняття інформаційної безпеки, її основні ознаки, засоби захисту, суб'єктів, на яких покладається обов'язок здійснювати захист тощо. Способом протидії зазначеній загрози, на наш погляд, є прийняття Кодексу України «Про інформацію». Другою загрозою є порушення законодавства з питань інформаційної безпеки, зокрема порушення норм Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення тощо. Способом протидії зазначеним загрозам має стати негайне звернення із заявою або повідомленням про кримінальне / адміністративне правопорушення до органів Національної поліції. Третьою загрозою є технічні помилки інформаційних систем (засобів), а також природні процеси, що впливають на передачу, прийом і зберігання інформації. Способом протидії в цьому випадку може бути використання перевіреної техніки, заборона її використання сторонніми особами, очікування налагодження систем передачі інформації її володільцями. Четвертою загрозою є зовнішні чинники. Подолати таку загрозу можна через захист українського суспільства від агресивного інформаційного впливу, розвиток публічної дипломатії тощо.

Ключові слова: інформаційна безпека, правове забезпечення, безпека особи, інформація, інформатизація.

The article analyzes the legal issues of information security of a person in Ukraine. It is established that ensuring information security of a person in Ukraine is inextricably linked with information legislation. Information legislation and legislation on personal information security is a relatively new branch of Ukrainian legislation and is currently only in its infancy. In this aspect, the most acceptable option for its development, in our opinion, is the development of a single consolidated normative act, which will define the conceptual apparatus; main directions of the state policy of ensuring information security of the person, society and the state; information security facilities; entities responsible for its provision; main threats to information security and methods of counteraction, etc. The study found that the legal issues of information security of the person are directly related to the identification of threats to information security of the person and the legal ways to overcome them. The first threat is the legal vacuum in most issues of information security of the person, the lack of a single regulation that would regulate the concept of information security, its main features, means of protection, entities responsible for protection, and so on. In our opinion, the adoption of the Code of Ukraine On Information is a way to counteract this threat. The second threat is the violation of information security legislation, in particular, the violation of the Criminal Code of Ukraine, the Code of Ukraine on Administrative Offenses, etc. The way to counteract these threats should be to immediately apply to the National Police with a statement or notification of a criminal / administrative offense. The third threat is technical errors of information systems (tools), as well as natural processes that affect the transmission, reception and storage of information. The method of counteraction in this case may be the use of proven equipment, the prohibition of third parties to use it, waiting for the establishment of information transmission systems by its owners. The fourth threat is external factors. Such a threat can be overcome through the protection of Ukrainian society from aggressive information influence, the development of public diplomacy, and so on.

Key words: information security, legal support, personal security, information, informatization.

Вступ. В умовах глобалізації відбуваються постійні процеси зближення інформаційних систем окремих країн і формування на їхній основі єдиного інформаційного простору, впровадження інформаційних технологій у всі сфери життя особи. Глобальний процес інформатизації охопив усі сучасні країни світу. У таких умовах забезпечення інформаційної безпеки особи стає одним із найважливіших напрямів державної політики. Адже цілком правильним буде твердження, що сьогодні людини без інформації не існує. Тому забезпечення інформаційної безпеки кожної особи має стати невід'ємною частиною інформатизації світу загалом.

Актуальність обраної теми зумовлена постійними змінами в інформаційній сфері в умовах збройного конфлікту. У цій ситуації особливого значення в механізмі забезпечення інформаційної безпеки особи набуває діяльність держави та використання нею сучасних технологій.

На сьогоднішній день зазначеного питання вказує також і законопроектна робота. Наразі в Україні висунуто декілька концепцій кодифікації інформаційного законо-

давства: проєкт Інформаційного кодексу України, проєкт модельного Інформаційного кодексу, проєкт Кодексу України про інформацію.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Правові питання забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні досліджували різні вчені. Примітним є те, що це питання є предметом наукового пошуку в різних галузях права. Так, Т. Перун здійснив дослідження адміністративно-правового механізму забезпечення інформаційної безпеки в Україні, з'ясував і проаналізував концептуальні та організаційно-правові основи адміністративно-правового забезпечення інформаційної безпеки органами державної влади [1]. А. Нашинець-Наумова присвятила свою роботу питанням правового регулювання інформаційної безпеки [2]. Різними питаннями у сфері забезпечення інформаційної безпеки займається Б. Кормич, який присвятив дослідженню організаційно-правових основ політики інформаційної безпеки України свою докторську дисертацію [3]. В аспекті визначення науковців, які займалися означеною проблематикою, слід також згадати О. Довгань та Т. Ткачук та їхню роботу

«Система інформаційної безпеки України: онтологічні виміри» [4]. Окремо слід відзначити монографічну роботу О. Золотар «Інформаційна безпека людини: теорія і практика» [5]. Вказані праці мають велике наукове та практичне значення, однак зміни в суспільстві, настання епохи інформатизації потребують нового наукового пошуку.

Метою статті є аналіз правових аспектів забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні.

Виклад основного матеріалу. Тріаду інформаційної безпеки можна показати в такий спосіб: інформаційна безпека держави, інформаційна безпека суспільства, інформаційна безпека особи. При цьому інформаційна безпека особи, суспільства та держави може забезпечуватися і на національному, регіональному, і на міжнародному рівнях. Нас цікавить питання забезпечення безпеки особи на державному рівні, зокрема правові аспекти такої діяльності в Україні.

Зауважимо, що інформаційна безпека особи має міждисциплінарне значення. Якщо говорити про науковий напрям, вона має кілька аспектів, зокрема правовий, адміністративний, економічний, психологічний, організаційно-технічний тощо. Однак за останній час в епоху розвитку інформаційного суспільства визначальне значення має правовий аспект забезпечення безпеки особи. Це питання і стане предметом нашого дослідження.

Стаття 17 Конституції України визначає, що «захист суверенітету і територіальної цілісності України, забезпечення її економічної та інформаційної безпеки є найважливішими функціями держави, справою всього Українського народу» [6]. Наведене законодавче положення свідчить, що інформаційна безпека за рівнем захисту належить до таких найважливіших цінностей, як державний суверенітет і територіальна цілісність. Цитоване положення підтверджує актуальність та затребуваність наукових пошуків у сфері забезпечення інформаційної безпеки держави.

Термін «інформаційна безпека» в Законі України «Про національну безпеку України» визначається як складова частина національної безпеки. У ст. 1 цього Закону національна безпека тлумачиться як захищеність державного суверенітету, територіальної цілісності, демократичного конституційного ладу та інших національних інтересів України від реальних та потенційних загроз. Об'єктами державної політики у сферах національної безпеки й охорони названо, зокрема, такі: «воєнна, зовнішньополітична, державна, економічна, інформаційна, екологічна безпека, кібербезпека України тощо». Наведене визначення фактично відносить інформаційне середовище до найважливіших державних пріоритетів у сфері національної безпеки і оборони [7].

Як уже було зазначено, питання закріплення терміна «інформаційна безпека» та засобів її забезпечення вирішується на рівні законопроектної роботи. Так, у розділі XV «Інформаційна безпека як складова частина національної безпеки України» проекту Інформаційного кодексу вказано, що «інформаційна безпека – це стан захищеності життєво важливих інтересів особи, суспільства та держави, який виключає можливість заподіяння їм шкоди через неповноту, невчасність і недостовірність інформації, через негативні наслідки функціонування інформаційних технологій або внаслідок поширення законодавчо забороненої чи обмеженої для поширення інформації» [8].

Що стосується наукової сфери, наразі відсутня єдність точок зору щодо дефініції поняття «інформаційна безпека». Так, В. Ярочкін та Т. Шевцова в 1996 році визначили інформаційну безпеку як проведення правових, організаційних та інженерно-технічних заходів при формуванні та використанні інформаційних технологій, інфраструктури та інформаційних ресурсів, захисті інформації високого значення й прав суб'єктів, що беруть участь в інформаційній діяльності [9, с. 12]. Надане визначення, на наш погляд, не пройшло перевірку часом, і наразі воно більш тяжіє до визначення терміна «заходи забезпечення інформаційної безпеки».

На думку Р. Калужного, інформаційна безпека – це вид суспільних інформаційних правовідносин стосовно створення, підтримки, охорони та захисту бажаних для людини, суспільства й держави безпечних умов життєдіяльності, спеціальних правовідносин, які пов'язані зі створенням, зберіганням, поширенням і використанням інформації [10, с. 20]. Автор розуміє інформаційну безпеку як вид суспільних правовідносин, тобто визначає предметом інформаційної безпеки відносини, що складаються між людьми.

Б. Кормич розуміє інформаційну безпеку як захищеність встановлених законом правил, за якими відбуваються інформаційні процеси в державі, що забезпечують гарантовані Конституцією умови існування й розвитку людини, усього суспільства та держави [11, с. 268]. Фактично автор пропонує визначення інформаційної безпеки як певного стану правил здійснення інформаційних процесів.

А. Лукашов під час дослідження інформаційної безпеки в законодавстві Республіки Білорусь розтлумачує інформаційну безпеку як функціонування системи засобів, що забезпечують захищеність інформаційних систем, що являють собою впорядковану сукупність інформаційних ресурсів, інформаційних технологій та комплексу програмно-технічних засобів, якими здійснюються інформаційні процеси в людино-машинному або автоматичному режимі [12]. Наведене визначення підтверджує, що інформаційна безпека має схоже визначення і в інших країнах.

О. Довгань та Т. Ткачук у своїй роботі відзначають, що «інформаційна безпека є системним, багаторівневим явищем, на стан якого впливають зовнішні й внутрішні чинники, зокрема, політична обстановка у світі; внутрішньополітична обстановка в державі; стан і рівень інформаційно-комунікаційного розвитку країни тощо». Окремо автори зауважують, що в цьому аспекті важливим є розмежування «інформаційної безпеки» як стану динамічної системи та «забезпечення інформаційної безпеки» як процесу підтримання цього стану (включаючи самовідтворення, збереження та розвиток) [4, с. 100]. Ми цілком підтримуємо точку зору, що слід розрізняти поняття «інформаційна безпека» та «забезпечення інформаційної безпеки». Це різні дефініції, які визначають два різних правових явища: інформаційна безпека – це певний стан системи; забезпечення інформаційної безпеки – процес підтримання стану системи. Тобто забезпечення інформаційної безпеки завжди являє собою діяльність.

Наведені визначення надають можливість зробити проміжні висновки щодо тлумачення терміна «інформаційна безпека». Вказану дефініцію можна розуміти в декількох значеннях: як вид суспільних правовідносин, як захищеність встановлених законом правил здійснення інформаційних процесів, як стан динамічної інформаційної системи. Проведене дослідження надає можливість приєднатися до наукового визначення інформаційної безпеки як стану динамічної системи інформаційної безпеки. Таке тлумачення дозволяє одночасно надати дефініцію поняття інформаційної безпеки особи, суспільства та держави та не вимагає окремого виділення цих категорій.

Означивши як мету дослідження аналіз правових аспектів забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні, слід перейти до аналізу чинників, які можуть становити загрозу інформаційній безпеці особи. У цьому аспекті слід враховувати, що ці фактори можуть бути і міждержавними, і внутрішньодержавними. Міждержавні пов'язані із наявними конфліктами у світі загалом, із наявністю збройного конфлікту на Сході України зокрема. Вважаємо, що це питання має наднаціональний характер і є предметом окремого дослідження.

Питання ж національних загроз інформаційній безпеці особи і правові шляхи їх вирішення пропонуємо розглянути більш детально.

По-перше, слід виділити таку загрозу інформаційній безпеці, як правовий вакуум у більшості питань забез-

печення інформаційної безпеки особи. У цьому аспекті під правовим вакуумом ми розуміємо відсутність єдиного нормативного акта, який би регламентував поняття інформаційної безпеки, її основні ознаки, засоби захисту, суб'єктів, на яких покладається обов'язок здійснювати захист тощо. Хоча законопроектна робота в цьому напрямі ведеться, наразі не має можливості говорити про стадію прийняття Кодексу про інформацію. Способом протидії зазначеній загрози, на наш погляд, є прийняття Кодексу України «Про інформацію».

По-друге, загрозою інформаційній безпеці особи є порушення законодавства з питань інформаційної безпеки. Хоча консолідований нормативний акт на сьогодні відсутній, існують правові норми, які фрагментарно регулюють питання забезпечення інформаційної безпеки.

До таких нормативних актів слід віднести:

– Кримінальний кодекс України (ст. 182 «Порушення недоторканності приватного життя», ст. 361 «Несанкціоноване втручання в роботу електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку», ст. 361-1 «Створення з метою використання, розповсюдження або збуту шкідливих програмних чи технічних засобів, а також їх розповсюдження або збут», ст. 361-2 «Несанкціонований збут або розповсюдження інформації з обмеженим доступом, яка зберігається в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації», ст. 362 «Несанкціоновані дії з інформацією, яка оброблюється в електронно-обчислювальних машинах (комп'ютерах), автоматизованих системах, комп'ютерних мережах або на носіях такої інформації, вчинені особою, яка має право доступу до неї», ст. 363 «Порушення правил експлуатації електронно-обчислювальних машин (комп'ютерів), автоматизованих систем, комп'ютерних мереж чи мереж електрозв'язку або порядку чи правил захисту інформації, яка в них оброблюється» тощо [13];

– Кодекс України про адміністративні правопорушення (ст. 188-31 «Невиконання законних вимог посадових осіб органів Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України», ст. 188-39 «Порушення законодавства у сфері захисту персональних даних» тощо [14]).

Способами протидії зазначеним загрозам, на наш погляд, має стати негайне звернення із заявою або повідомленням про кримінальне / адміністративне правопорушення до органів Національної поліції. Згідно з п. 5 ч. 1 ст. 23 Закону України «Про Національну поліцію» поліція здійснює реагування на заяви та повідомлення про кримінальні, адміністративні правопорушення або події [15]. Окремо слід вказати на існування окремого спеціально уповноваженого органу – Кіберполіції України, завданням якого серед іншого є реалізація державної політики у сфері протидії кіберзлочинності [16]. Додамо, що у 2005 році Україна ратифікувала Конвенцію про кіберзлочинність і взяла на себе зобов'язання здійснювати погоджену політику боротьби зі злочинністю у цій сфері.

По-третє, загрозами інформаційній безпеці особи можуть бути відмови, зброї, технічні помилки інформаційних систем (засобів), а також природні процеси, що

впливають на передачу, прийом і зберігання інформації. Способом протидії в цьому випадку може бути використання перевіреної техніки, заборона її використання сторонніми особами, очікування налагодження систем передачі інформації її володільцями.

По-четверте, загрозами можуть бути зовнішні чинники. В умовах збройного конфлікту все частіше трапляються випадки порушення інформаційної безпеки особи з боку Російської Федерації, зокрема розповсюдження антиукраїнських закликів, спам-повідомлення сепаратистського характеру тощо. Вчені зазначають, що подолати таку загрозу можна через захист українського суспільства від «агресивного інформаційного впливу Російської Федерації», розвиток публічної дипломатії, у тому числі культурної та цифрової, видалення шкідливої інформації з українського сегменту Інтернету та квотування національного аудіовізуального контенту, захист права на вільний доступ до інформації, створення механізмів захисту від пропаганди тощо [4, с. 98].

Висновки. Забезпечення інформаційної безпеки особи в Україні має нерозривний зв'язок з інформаційним законодавством. Інформаційне законодавство та законодавство щодо інформаційної безпеки особи є відносно новою галуззю законодавства України й наразі перебуває тільки на етапі становлення. У цьому аспекті найбільш прийнятним варіантом його розвитку, на наш погляд, є розробка єдиного консолідованого нормативного акта, який визначить понятійний апарат; основні напрями державної політики щодо забезпечення інформаційної безпеки особи, суспільства та держави; об'єкти інформаційної безпеки; суб'єктів, на яких покладається обов'язок її забезпечення; основні загрози інформаційній безпеці та способи протидії тощо.

Правові питання забезпечення інформаційної безпеки особи безпосередньо пов'язані із визначенням загроз інформаційній безпеці особи і правових шляхів їх подолання. Першою загрозою є правовий вакуум у більшості питань забезпечення інформаційної безпеки особи, тобто відсутність єдиного нормативного акта, який би регламентував поняття інформаційної безпеки, її основні ознаки, засоби захисту, суб'єктів, на яких покладається обов'язок здійснювати захист тощо. Способом протидії зазначеній загрози, на наш погляд, є прийняття Кодексу України «Про інформацію». Другою загрозою є порушення законодавства з питань інформаційної безпеки, зокрема порушення норм Кримінального кодексу України, Кодексу України про адміністративні правопорушення тощо. Способом протидії зазначеним загрозам має стати негайне звернення із заявою або повідомленням про кримінальне / адміністративне правопорушення до органів Національної поліції. Третьою загрозою є технічні помилки інформаційних систем (засобів), а також природні процеси, що впливають на передачу, прийом і зберігання інформації. Способом протидії в цьому випадку можуть бути використання перевіреної техніки, заборона її використання сторонніми особами, очікування налагодження систем передачі інформації її володільцями. Четвертою загрозою є зовнішні чинники. Подолати таку загрозу можна через захист українського суспільства від агресивного інформаційного впливу, розвиток публічної дипломатії тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Перун Т.С. Адміністративно-правовий механізм забезпечення інформаційної безпеки в Україні : дис. ... канд. юрид. наук. Львів, 2019. 268 с.
2. Нашинець-Наумова А.Ю. Інформаційна безпека: питання правового регулювання: монографія. Київ : Видавничий дім «Гельветика», 2017. 168 с.
3. Кормич Б.А. Організаційно-правові основи політики інформаційної безпеки України : дис. ... док. юрид. наук : 12.00.07. Одеса, 2004. 427 с.
4. Довгань О.Д., Ткачук Т.Ю. Система інформаційної безпеки України: онтологічні виміри. *Інформація і право*. 2018. № 1(24). С. 89–103.
5. Золотар О.О. Інформаційна безпека людини: теорія і практика: монографія. Київ : ТОВ «Видавничий дім «АртЕк», 2018. 446 с.
6. Конституція України. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
7. Про національну безпеку України: Закон України від 21.06.2018 № 2469-VIII. *Офіційний вісник України*. 2018. № 55. Стор. 51. С. 1903.

8. Максименко Ю.Є. Щодо структури інформаційного кодексу України. URL : <https://goal-int.org/shhodo-strukturi-informacijnogo-kodeksu-ukraini/> (дата звернення: 16.03.2020).
9. Ярочкин В.И. Словарь терминов и определений по безопасности и защите информации. Москва : Ось-89, 1996. 48 с
10. Калюжний Р. Питання концепції реформування інформаційного законодавства України. *Правове, нормативне та метрологічне забезпечення системи інформації в Україні: тематичний зб. праць учасників 2-ї науково-технічної конференції*. Київ, 2000. С. 17–21.
11. Кормич Б.А. Інформаційна безпека: організаційно-правові основи: навчальний посібник. Київ : Кондор, 2004. 382 с.
12. Лукашов А.И. Информационная безопасность как объект уголовно-правовой охраны в законодательстве Республики Беларусь: мат. научной конференции «*Концептуальные проблемы информационной безопасности в союзе России и Беларуси*». Санкт-Петербург, 2000. URL : <http://jurfak.spb.ru/conference/2001.htm> (дата звернення: 16.03.2020).
13. Кримінальний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.
14. Кодекс України про адміністративні правопорушення. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.
15. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 № 580-VIII. *Відомості Верховної Ради*. 2015. № 40–41. Ст. 379.
16. Кіберполіція України. URL : <https://cyberpolice.gov.ua/articles/> (дата звернення: 16.03.2020).

ПОНЯТТЯ «МЕДІАЦІЯ» ЯК АЛЬТЕРНАТИВНА ФОРМА ВИРІШЕННЯ СПОРІВ: ДО ПРОБЛЕМИ ПРАВОРОЗУМІННЯ

THE DEFINITIONS OF “MEDIATION” AS AN ALTERNATIVE FORM OF DISPUTE RESOLUTION: TO THE PROBLEM OF LEGAL UNDERSTANDING

Шишка Н.В., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільно-правових дисциплін
факультету № 4

Харківський національний університет внутрішніх справ

Статтю присвячено науковому аналізу поняття медіації. Проаналізовано різні етимологічні витoki слова «медіація». Зокрема, від грецького слова “medos”, від латинського слова “mediare” та від іншого латинського слова “mediatio”. Встановлено, що вказані слова мають різне смислове навантаження. Якщо перше слово (“medos”) вказує на якість суб'єкта (медіатора, посередника), то друге (“mediare”) розкриває суть самої діяльності суб'єкта (медіатора, посередника). У науковій праці робиться висновок, що останнє слово (“mediatio”) найбільше відповідає сучасному розумінню слова «медіація», тому саме воно має виступити ядром для формування його праворозуміння та розкриття.

Крім цього, автором звернута увага на те, що проблематика однозначного розуміння медіації пов'язана безпосередньо з правовою моделлю, яка відображена в праві. Це пов'язане із широким спектром застосування медіації, різноманітністю організаційних форм, видів і моделей процедури примирення за участю медіатора.

Встановлено, що з огляду на сучасну концепцію, яка проводиться в законотворчій діяльності, вибрана «гібридна модель» щодо медіації як альтернативного способу вирішення правових спорів. Тобто передбачається, що процедура примирення (медіація) може бути застосована не лише у позасудовому порядку, без звернення до суду, а також може бути здійснена за участю судді-медіатора, за наслідками якої сторони можуть або укласти мирову угоду, або продовжити судовий розгляд.

Зроблено висновок, що медіація – це альтернативна форма вирішення спору, тобто певний структурований переговорний процес, в якому сторони за допомогою нейтральної та неупередженої сторони – медіатора (посередника) добровільно і самостійно мають намір досягти мирного врегулювання їхнього спору.

Ключові слова: медіація, приватна медіація, судова медіація, правосуддя, сторони конфлікту.

The article is devoted to the scientific analysis of the concept of mediation. Various etymological origins of the word “mediation” are analyzed. In particular, from the Greek word “medos”, from the Latin word “mediare” and from another Latin word “mediatio”. It is established that these words have different semantic load. If the first word (“medos”) indicates the quality of the subject (mediator, moderator), the second (“mediare”) reveals the essence of the subject's activity (mediator, moderator). The scientific work concludes that the last word (“mediatio”) best corresponds to today's understanding of the word “mediation”, so it should be the core for the formation of its legal understanding and disclosure.

In addition, the author draws attention to the fact that the problem of unambiguous understanding of mediation is directly related to the legal model that is reflected in the law. This is due to the wide range of applications of mediation, a variety of organizational forms, types and models of the reconciliation procedure with the participation of a mediator.

It is established that in view of today's concept which is carried out in legislative activity concerning mediation its “hybrid model” is chosen. That is, it is envisaged that the conciliation procedure (mediation) can be applied not only out of court, without recourse to the court, but also can be carried out with the participation of a mediating judge, as a result of which the parties may either reach an amicable agreement or continue the trial. The judicial procedure for dispute settlement consists in the fact that before the start of consideration of the case on its merits, by mutual agreement of the parties, the dispute can be settled with the help of the judge in whose proceedings the case is being conducted.

It is concluded that mediation is an alternative form of dispute resolution, that is, a certain structured negotiation process in which the parties, with the help of a neutral and impartial party – a mediator (moderator), voluntarily and independently intend to reach a peaceful settlement of their dispute.

Key words: mediation, private mediation, judicial mediation, Justice, parties to the conflict.

Постановка проблеми. Нині юридична література демонструє неоднакові підходи до визначення поняття «медіація». Її визначають як: самостійний позаюрисдикційний спосіб врегулювання правового спору [1, с. 14]; форму досудового/позасудового або позапроцесуального вирішення спорів і врегулювання конфліктів [2, с. 11]; альтернативний правосуддю спосіб вирішення спору [3, с. 88]; добровільний і конфіденційний процес [4, с. 331]; процедура примирення конфліктуючих сторін [1, с. 14]; перемови між сторонами конфлікту за участю посередника [5]; неальтернативне правосуддя [3, с. 86] (так С.І. Запара інтерпретує загальноприйняте визначення медіації¹); діяльність фахівця з урегулювання спору [7]; соціально-правовий інститут [8].

Дискусія щодо розуміння медіації не обмежується вищевказаними. У разі співставлення медіації з категорією «посередництво» одні автори вказують на те, що ці поняття є тотожними [9, с. 34; 10, с. 146; 11], інші розмежовують їх, наводячи відповідні аргументи [3, с. 87; 54].

¹ Медіація – це метод вирішення спорів із застосуванням посередника (медіатора), який допомагає сторонам конфлікту налагодити процес комунікації та проаналізувати конфліктну ситуацію таким чином, щоби сторони самостійно змогли вибрати той варіант рішення, який відповідає їхнім інтересам та задовольняє їхні потреби. На відміну від формалізованого судового або арбітражного процесу, під час медіації сторони досягають угоди самостійно – медіатор не приймає рішення за них [6].

Треба зазначити, що доволі дискусійною є і природа правовідносин, що зумовлені медіацією. Одні автори наголошують, що відносини медіації є виключно матеріально-правовими, а не процесуальними [13], не публічними [14, с. 14; 15, с. 44], приватноправовими, регулюються приватноправовими нормами, тобто диспозитивним методом [16, с. 14–18], інші – навпаки, треті вказують на те, що медіація є комплексним правовим інститутом та являє собою поєднання матеріальних і процесуальних норм [17, с. 4].

Стан дослідження цієї проблематики. Теоретико-методологічною основою дослідження стали праці таких вітчизняних та зарубіжних науковців: І. Аксьонової, С. Алексєєва, О. Белінської, І. Бельської, Н. Бондаренко-Зелінської, Р. Вальца, С. Васильєва, С. Васильчак, О. Гойко, Д. Дена, Д. Єлісєєва, Т. Єлісєєвої, Г. Єрьоменко, А. Зайцева, С. Запара, С. Калашникової, В. Каменкова, О. Карпюка, В. Кафарського, З. Красіловської, М. Кузьміни, О. Кучинської, О. Лук'янєва, В. Медєстова, А. Медєстової, О. Носирєвої, В. Панової, А. Понасюка, В. Попова, В. Резнікової, Л. Руснак, Ж. Сігвар, К. Сірук, Н. Троцюка, Г. Ульянової, В. Хохлова, О. Хрімлі, М. Цимбалюка, В. Череватюк, Н. Чудик-Білоусової, Ц. Шамлікашвілі, Г. Шкіря, В. Яковлева, І. Ясинівського, М. Bobrowicz, J. Folberg, U. Haeske, K. Kovach, Ch. W. Moore, J. Zwier Paul, B. Hamric Ann, A. Rau, T. Sherman та інші.

Метою статті є встановлення етимології терміна «медіація», а також виявлення факторів, які впливають на розкриття такого поняття.

Виклад основного матеріалу. Для вирішення зазначеної проблеми та досягнення мети дослідження необхідно спочатку встановити основу для консолідації праворозуміння категорії «медіація», у тому числі етимологічну складову частину такого поняття.

На методологічному рівні ми виходимо із того, що понятійний апарат юриспруденції – запорука єдності правозастосовної практики. Як правильно зазначав С. Алексєєв: «Дефінітивні норми безпосередньо не передбачають ні юридичних прав та обов'язків, ні заходів впливу. Але вони сприяють правильному розумінню і втіленню в життя регулятивних і правоохоронних заходів» [18, с. 266].

Важливим у визначенні будь-якого поняття є дотримання правил із розкриття змісту такого поняття. Слід сказати, що логічна операція із розкриття змісту ще називається дефініцією. Латинське слово “definitio” походить від слова “finis” – «межа», «кінець чогось». Відповідно, поняття, зміст якого слід розкрити, називається дефінієндум; а поняття, яке розкриває зміст, – дефінієнс. Правове поняття повинне відповідати певним вимогам, зокрема: бути ясним і зрозумілим; вказувати на такі ознаки, які не потребують додаткового визначення чи можуть бути витлумачені двозначно; співрозмірним – обсяг дефінієндуму повинен бути рівним обсягу дефінієнса; не йти по колу – у разі його визначення не варто використовувати інше поняття, яке визначається за допомогою першого; результативним, яке не тільки розкриває зміст поняття, але й вказує, чим не є предмет.

Наукова література не має єдності щодо походження слова «медіація». Так, деякі дослідники проблеми медіації вказують, що це слово походить від грецького “medos”. При цьому серед дослідників відзначилися неоднакові погляди щодо його розуміння. Зокрема, вказується, що «медіація» означає «нейтральний», «посередник» [19, с. 13–14; 20, с. 10], «не залежний від сторони» [21, с. 126; 22, с. 28; 23, с. 18] та «незалежний» [24, с. 51].

Другі вказують, що слово «медіація» походить від латинського слова “mediare”, що означає «посередничати», «займати середину між двома точками зору або сторонами», «пропонувати середній шлях», «триматися нейтрально», «неупереджено» [25, с. 9], «бути посередником у спорі» [14, с. 11; 26, с. 121; 27, с. 351; 28, с. 269; 29, с. 31], «бути у середині» [17, с. 40].

Треті вказують на те, що слово «медіація» походить від іншого латинського слова “mediatio”, що означає «посередництво» [17, с. 36; 30, с. 158; 31, с. 155; 32, с. 146], «посередничати» [1, с. 14; 33, с. 27], «примирлива процедура» [25, с. 38]. Аналогічне значення мають слова “mediation” (англ.) [34], “la médiation” (фр.) [22, с. 28], “die mediation” (німец.), що перекладаються як «посередництво», «медіація». Слід сказати, що англійське слово “mediation” має також і інші переклади, може перекладатися як «процедура примирення сторін», «втручання з метою примирення», «консультації з урегулювання конфліктів», «процедура примирення і посередництва» [35].

Відповідно, з наведеного можна бачити, що вказані слова мають різне смислове навантаження. Якщо перше слово (“medos”) вказує на якість суб'єкта (медіатора, посередника), то друге (“mediare”) розкриває суть самої діяльності суб'єкта (медіатора, посередника). Хоча наведені слова і стосуються одного дефінієндума (медіації), але вони стосуються зовсім різних його аспектів. Перше стосується певного суб'єкта як медіатора, посередника. Друге спрямоване на розкриття не тільки самої суті діяльності медіатора, але і його функцій, завдань, а також і самої ролі медіатора у медіаційному процесі. З цього можна бачити, що значення цих слів не дають можливої у повному обсязі розкрити поняття «медіація», а за

правилами із розкриття змісту понять «медіація» тоді повинна розумітися в певному об'єднаному підході, що, як видається, є хибним шляхом. Не дивно, що в науковій літературі медіація розкривається деякими вченими через діяльність медіатора, посередника. Зокрема, деякі вчені в основу поняття медіації закладають: професійне керівництво переговорами третьою особою (медіатором) [36, с. 109]; сприяння третьої сторони (медіатора) двом (або більше) іншим [37, с. 124]; роль нейтральної третьої сторони [38, с. 35]; діяльність фахівця з урегулювання спору [39]; втручання в переговори або конфлікт уповноваженої третьої особи [40, с. 15] тощо. Також у межах цього можна навести і визначення медіації, яке надане в Указі Президента України № 361/2006 від 10.05.2006, де під нею розуміється діяльність професійних посередників, які спрямовують учасників юридичного спору до компромісу і врегулювання спору самостійно самими учасниками [41]. Такий самий підхід проведений і в Положенні про надання безоплатної первинної правової допомоги в Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, затвердженого Наказом Адміністрації Держспецзв'язку від 04.05.2016 № 320 [42].

Видається, що у наведених прикладах допущена помилка у разі розкриття змісту понять, оскільки дефінієндум не є рівним обсягу дефінієнса. Це можна пояснити і тим, що таке розуміння медіації не відповідає сьогоденню та суті самої медіації. Медіація – це не діяльність професійних посередників, медіаторів. Медіація – це міжнародний, загальноживаний термін, що відповідає українському терміну «посередництво» [14, с. 11; 43, с. 57; 44, с. 155–156] та є процедурою [45; 46], процесом [47], а саме структурованим процесом [48; 49], однією із технологій альтернативного врегулювання спорів (англ. alternative dispute resolution, ADR), в якому дві або більше сторони спору звертаються за допомогою до третьої нейтральної сторони з метою досягнення домовленості (згоди) в їхньому спорі шляхом переговорів.

Розуміння медіації етимологічно відповідає значенню латинського слова “mediatio”. Саме це слово більш підходить під сучасне розуміння слова «медіація», виступає ядром для формування його праворозуміння та розкриття.

Відповідно, в основу змісту терміна «медіація» необхідно закладати її процедурну природу, а не діяльність посередника, медіатора. Слід сказати, що в науці визначення «медіації» у своїй більшості розкривається саме через процедурну її сутність, а саме як процедура врегулювання спору [21, с. 126; 50, с. 63; 51], процес [11; 52; 53, с. 59–60; 54, с. 23; 55, с. 223; 56, с. 15; 57; 58, с. 337], структурований переговорний процес [14, с. 14; 24, с. 54], як специфічна форма врегулювання спору [52; 59].

Важливим аспектом у визначенні поняття медіації відіграє саме концепція сприйняття медіації. Йдеться про те, яка модель медіації буде найкраще відповідати системі законодавства і культурним традиціям. Тобто медіація розглядається виключно як неюрисдикційна форма врегулювання конфлікту (спору), чи допускається, у тому числі як і юрисдикційна форма, зокрема, у формі судової медіації, що проводиться безпосередньо суддею? Це виключно добровільний та конфіденційний процес, чи у певних випадках медіація повинна проводитися обов'язково (наприклад, у справах про дифамацію, сімейних, справах про розлучення, страхових, трудових тощо)? Медіатором має виступати виключно приватна, незалежна, практикуюча особа (приватна медіація) чи допускається можливість проведення медіації власне суддею або працівниками суду (публічна медіація)? Якщо медіатор – це приватна особа, то це обов'язково професійно підготовлена особа, чи ні? Якщо в ролі медіатора виступає суддя, то це будь-який суддя, який розглядає справу, чи це суддя, який має особливий статус – суддя-медіатор? Вирішення конфлікту повинне відбуватися безпосередньо за участю суб'єктів

спору чи допускається опосередкована їх участь, зокрема через адвокатів або інших представників? Можуть бути й інші фактори, які суттєво впливають на суть правової моделі медіації. Адже вони впливають не лише на розуміння медіації, її місця в системі права України, але і на структурні та системні елементи, які мають міститися у механізмі правового регулювання. Чіткість розуміння медіації зумовлюватиме напрями її подальшого розвитку і вдосконалення.

Тому для визначення поняття медіації не досить наявності лише теоретичних підходів. Адже це може породити шляхом їх об'єднання певні «правові мутанти» у її визначенні. Тут слід враховувати також і модель медіації, яка застосована у державі.

Якщо говорити про Україну, то нині в Україні йде активна робота над законодавчим врегулюванням медіації. Так, лише за 2010–2020 роки у Верховній Раді України було зареєстровано не один законопроект з медіації [5; 60; 61; 62; 63; 64; 65; 66; 67]. Така робота проводиться відповідно до Указу Президента України № 361/2006 від 10.05.2006 [41], Стратегії реформування судоустрою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015–2020 роки, затверджена Указом Президента України від 20.05.2015 № 276/2015 [68], та сприяє досягненню мети щодо реформування правосуддя на засадах забезпечення верховенства права та поваги до прав людини й основоположних свобод. Також упровадження медіації в Україні включено до Плану дій щодо підвищення позиції України в рейтингу Світового банку «Ведення бізнесу» (“Doing Business”), затвердженого Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 04 грудня 2019 р. № 1413-р [69]. Також 07 серпня 2019 р. Міністром юстиції України було підписано від імені України Конвенцію Організації Об'єднаних Націй про Міжнародні угоди про врегулювання спорів за результатами медіації (Сінгапурська конвенція про медіацію).

Певні кроки в Україні вже зроблені щодо запровадження позасудових способів вирішення спорів. Наприклад, нині Державним стандартом соціальної послуги посередництва (медіації), затвердженим Наказом Міністерства соціальної політики України № 892 від 17.08.2016, врегульований порядок організації надання соціальної послуги особам/сім'ям, які перебувають у складних життєвих обставинах. Цим Державним стандартом визначено, що посередництво (медіація) – метод розв'язання конфліктів/спорів, за допомогою якого дві або більше сторін конфлікту/спору намагаються в межах структурованого процесу за участю посередника/медіатора досягти згоди для його розв'язання [70]. Як бачимо, медіація розглядається як певна процедура, метод розв'язання конфліктів/спорів.

Крім цього, нині медіація імплементована і в низці інших нормативно-правових актів, таких як: Цивільний процесуальний кодекс України, Господарський процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України; закони України: «Про безоплатну правову допомогу», «Про соціальні послуги», Закон України «Про концесію», Закон України «Про державно-приватне партнерство» та ін.

З огляду на сучасну концепцію, яка проводиться в законотвірчій діяльності, вибрана «гібридна модель» щодо медіації як альтернативного способу вирішення правових спорів. Тобто передбачається, що процедура примирення (медіація) може бути застосована не лише у позасудовому порядку, без звернення до суду, а також врегулювання спору може бути здійснене за участю судді-медіатора,

за наслідками якої сторони можуть або укласти мирову угоду, або продовжити судовий розгляд. Судовий порядок врегулювання спору полягає в тому, що до початку розгляду справи по суті за взаємною згодою сторін спір може бути врегульовано за допомогою судді, в провадженні якого перебуває справа. Підтвердженням запровадження судової медіації є ГПК України, ЦПК України та Кодекс адміністративного судочинства України, в яких запроваджені певний механізм врегулювання спору між сторонами за участю судді. Наприклад, ЦПК України встановлено, що суддя: може запропонувати сторонам можливий шлях мирного врегулювання спору (ч. 4 ст. 203); під час закритих нарад має право звертати увагу сторони на судову практику в аналогічних спорах, пропонувати сторони та/або її представнику можливі шляхи мирного врегулювання спору (ч. 5 ст. 203); у разі укладення сторонами мирової угоди затвердити її (п. 4 ч. 1 ст. 204 ЦПК України). При цьому варто звернути увагу, що судовий порядок врегулювання спору ЦПК України розглядається як певна процедура. Так, відповідно до ч. 1 ст. 202 ЦПК України встановлено, що про проведення процедури врегулювання спору за участю судді суд постановляє ухвалу, якою одночасно зупиняє провадження у справі.

Варто зазначити і те, що розуміння медіації залежить і від того, чи буде поширюватися майбутній Закон України «Про медіацію» до судової медіації, оскільки з огляду на наявні законопроекти «Про медіацію» медіація розуміється у вузькому розумінні цього слова та не стосується судової медіації.

У межах цього дослідження варті уваги визначення, які є прості і лаконічні та мають певний універсальний характер, проте вони можуть бути основою для консолідації праворозуміння категорії «медіація» чи базовим поняттям для його удосконалення. Так, ст. 3 Директиви ЄС 2008/52/ЄС від 21 травня 2008 року передбачено, що медіація – будь-який структурований процес, незалежно від його назви, в якому дві або більше сторін спору вдаються до допомоги третьої сторони з метою досягнення згоди для вирішення їх спору, і незалежно від того, чи був цей процес ініційований сторонами, запропонований або призначений судом або передбачений національним законодавством держави – члена ЄС [48]. Також, згідно зі ст. 1 закону Німеччини про медіацію, медіація розуміється як конфіденційний і структурований процес, в якому сторони спору за допомогою одного або кількох посередників добровільно і самостійно досягають мирного врегулювання їхнього спору [49].

Висновки. Підбиваючи підсумок, слід сказати, що розуміння медіації етимологічно відповідає значенню латинського слова “mediatio”. Саме воно більш вдало розкриває розуміння терміна «медіація», а тому має виступити ядром для його формування та розкриття. Важливим є і те, що проблематика однозначного розуміння медіації пов'язана безпосередньо з правовою моделлю, яка відображена в праві, або може стати засобом конструювання права. Це пов'язане із широким спектром застосування медіації, різноманітністю організаційних форм, видів і моделей примирної процедури за участю медіатора. Проте однозначно можна сказати, що медіація – це альтернативна форма вирішення спору, тобто певний структурований переговорний процес, в якому сторони за допомогою нейтральної та неупередженої сторони – медіатора (посередника) добровільно і самостійно мають намір досягти мирного врегулювання їхнього спору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Калашникова С.И. Медіація в сфері гражданської юрисдикції. Москва : Инфоропик Медиа, 2011. 304 с.
2. Елисеєв Д.Б. Роль медіації в разрешении правовых конфликтов (теоретико-правовий аналіз) : автореф. дис. ... канд. юр. наук : 12.00.01. Москва, 2013. 30 с.
3. Запара С.І. Поняття медіації та особливості її становлення в Україні та світі. *Порівняльно-аналітичне право*. 2015. № 3. С. 86–88.
4. Васильєв С.В. Гражданский процесс : учебное пособие. 2-е изд., доп. Харьков : Одиссей, 2007. 512 с.

5. Проект Закону «Про медіацію» № 10301-1 від 20 квітня 2012. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=43208 (дата звернення: 11.01.2021).
6. О медіації. *Сайт Українського центру медіації*. URL: http://ukrmediation.com.ua/ru/about_center/about_mediation/ (дата звернення: 18.12.2020).
7. Яковлев В.Ф. Закон свободного примирения. *Медиацция и право*. 2006. № 1. С. 12–16. URL: http://fedim.ru/wp-content/uploads/2015/12/2006_1_Yakovlev_Zakon-svobodnogo-primireniya.pdf (дата звернення: 12.02.2021).
8. Носырева Е.И. Становление института медиации в России. *Развитие медиации в России: теория, практика, образование*. Москва : Берлин, 2012. С. 2–4.
9. Зайцев А.И. Негосударственные процедуры урегулирования правовых споров : учебное пособие / А.И. Зайцев, Н.В. Кузнецов, Т.А. Савельева. Саратов : Изд-во Саратовской гос. акад. права, 2000. С. 34.
10. Лукьянцев А.А. К единой ветви судебной власти. *Актуальные проблемы развития судебной системы и системы добровольного и принудительного исполнения решений Конституционного Суда Российской Федерации, судов общей юрисдикции, арбитраж, арбитраж судов и Европейского суда по правам человека* : сборник статей. Краснодар; Санкт-Петербург : Юридический центр, 2008. С. 146.
11. Модестов В.А., Модестова А.В. Понятие и сущность медиации в современной России. *Молодёжь и наука* : сборник материалов VI Всероссийской научно-технической конференции студентов, аспирантов и молодых учёных. Красноярск : Сибирский федеральный ун-т, 2011. URL: <http://conf.sfu-kras.ru/sites/mn2010/section10.html> (дата звернення: 03.02.2021).
12. Шамликашвили Ц.А. Медиация в России. Современное состояние. Справка. URL: <http://www.mediacia.com> (дата звернення: 11.02.2021).
13. Хохлов В.А. Правовая квалификация отношений медиации. *Законы России: опыт, анализ, практика*. 2011. № 5. С. 84–90.
14. Резнікова В.В. Медіація (посередництво) як спосіб вирішення господарських спорів. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2012. Вип. 90. С. 10–15.
15. Череватюк В.Б., Сірук К.Л. Медіативна процедура вирішення спорів: теоретичні і практичні аспекти. *Юридичний вісник. Повітряне та космічне право*. 2015. 2 (35). С. 41–46.
16. Попов В.И. Проблемы трудового права России. Москва : Изд-во МГУ, 2003. 144 с.
17. Елисеєва Т.С. Процессуальные аспекты медиации : дисс. ... канд. юридических наук : 12.00.15. Москва, 2017. 180 с.
18. Алексеев С.С. Основы теории государства и права. Москва : Юрид. лит. 1972. С. 266.
19. Bobrowicz M. Mediacje gospodarcze – jak mediowaj i przekonywaj. Warszawa, 2004. S. 13–14.
20. Haeske U., Konflikty w Śyciu zawodowym. Mediacja i trening w rozwiązywaniu problemów. Przeloty Ryszard Zajęczkowski, Kielce 2005, s. 10.
21. Запара С.І., Виглазова М.В., Коломієць І.С. Становлення інституту медіації в Україні. *Часопис Київського університету права* : юридичний науково-теоретичний щоквартальник. Київ, 2016. № 4. С. 125–129.
22. Красіловська З.В. Становлення інституту медіації в системі публічного управління: теоретико-правовий аспект : дис. ... канд. наук з держ. упр. : 25.00.01. Одеса, 2017. 221 с.
23. Троцюк Н.В. Медіація як альтернативний спосіб вирішення спорів у сфері інтелектуальної власності. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2016. № 4. С. 116–124.
24. Хрїмлі О. Медіація як форма захисту прав інвесторів у сфері господарювання. *Підприємництво, господарство і право*. 2016. № 9. С. 51–55.
25. Теория и практика медиации (посредничества) в экономической сфере : учебно-методическое пособие / И.А. Бельская и др. ; под ред. У. Хелльманна и др. Минск : Изд. центр БГУ, 2015. 231 с.
26. Карплюк О.І. Механізм забезпечення справедливості судового розгляду цивільних справ : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03. Київ, 2016. 188 с.
27. Ульянова Г.О. Методологічні проблеми цивільно-правового захисту прав інтелектуальної власності від плагіату : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.03. 2015. 445 с.
28. Шкіря Г.Ю. Медіація як альтернативний спосіб вирішення господарських спорів. *Правове регулювання економіки* : зб. наук. пр. Київ : КНЕУ, 2012. № 11–12. С. 267–277.
29. Ясиновський І.Г. Историчний аспект розвитку інституту медіації та сучасні тенденції його розвитку. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Юриспруденція*. 2014. Вип. 10–2(1). С. 31–33.
30. Белінська О.В. Медіація – альтернативне вирішення спорів. *Вісник Вищої ради юстиції*. 2011. № 1 (5). С. 158–163.
31. Кафарський В.В. Медіація в адміністративному судочинстві. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2014. Вип. 3 (6). С. 150–155.
32. Чудик-Білоусова Н.І. Правові засади вдосконалення процедури вирішення колективного трудового спору як конфлікту інтересів. *Університетські наукові записки*. 2016. № 1 (57). С. 141–153.
33. Аксёнова И.С. Институт медиации как способ институционализации социальных конфликтов: дипломная работа. Москва, 2017. 74 с. URL: <https://istina.msu.ru/download/60337768/1daqjz:R0v1Jn-8qFntOoHKNY5UgC6bCuM/> (дата звернення: 09.02.2021).
34. Мюллер В.К. Англо-русский словарь. Москва : Изд. дом «Диалог», 1999. 895 с.
35. Mediation. Электронный словарь Мультитран. URL: <https://www.multitrans.ru/cm.exe?l1=1&l2=2&s=mediation> (дата звернення: 11.02.2021).
36. Вальц Р. Медиация в нотариальной практике (альтернативные способы разрешения конфликтов): Сборник статей / Р. Вальц, Б. Вегманн, К. Грефф фон Шлиффен и др. Отв. ред. Б. Вегманн, К. Грефф фон Шлиффен; пер. с нем.: С.С. Трушникова. Предисл. В.В. Яркова. Москва : Волтерс Клувер, 2005. 388 с.
37. Васильчак С.В., Руснак Л.В. Шляхи цивілізованого вирішення корпоративних конфліктів. *Науковий вісник Національного лісо-технічного університету України*. 2009. Вип. 19. С. 122–126.
38. Дэна Д. Преодоление разногласий: как улучшить взаимоотношения на работе и дома. Санкт-Петербург, 1994. С. 35.
39. Яковлев В.Ф. Закон свободного примирения. *Медиацция и право*. 2006. № 1. С. 12–16. URL: http://fedim.ru/wp-content/uploads/2015/12/2006_1_Yakovlev_Zakon-svobodnogo-primireniya.pdf (дата звернення: 11.03.2021).
40. Moore Ch. W. The mediation process. Practical strategies for resolving conflicts. Third edition. San Francisco, 2003. P. 15.
41. Про Концепцію вдосконалення судівництва для утвердження справедливого суду в Україні відповідно до європейських стандартів : Указ Президента України від 10.05.2006 № 361/2006. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/361/2006/print1443092329119471> (дата звернення: 12.02.2021).
42. Положення про надання безоплатної первинної правової допомоги в Адміністрації Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України : Наказ Адміністрації Держспецзв'язку № 320 від 04.05.2016. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0753-16#n7> (дата звернення: 12.02.2021).
43. Гойко О. Від судового захисту до альтернативних методів вирішення спорів. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2010. № 6. С. 57.
44. Цимбалюк В. Нормативно-правове забезпечення медіації в Україні: проблеми та перспективи. *Юридичний вісник*. 2014. № 5. С. 155–156.
45. Закон за медиацията : Български Закон від 17.12.2004 г. бр.110. URL: <http://lex.bg/laws/ldoc/2135496713> (дата звернення: 12.02.2021).
46. Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре и Руководство по принятию и применению. 2002 год : ЮНСИТРАЛ. URL: <https://mediation-eurasia.pro/wp-content/uploads/2018/04/tipovoi-zakon-junsitral-o-mezhdunarodnoj-kommercheskoj-soglasitelnoj-procedure.-rukovodstvo-junsitral-po-prinjatiju-i-primeneniju-2002-g..pdf> (дата звернення: 12.02.2021).

47. Щодо медіації у цивільних справах : Рекомендація Rec (2002) 10 Комітету Міністрів Ради Європи державам-членам. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Rec_2002_10_2002_09_18_1.pdf (дата звернення: 12.02.2021).
48. On certain aspects of mediation in civil and commercial matters : Directive 2008/52/EC of the European Parliament and of the Council of 21 May 2008. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32008L0052> (дата звернення: 12.02.2021).
49. The costs of Non ADR – Survey Data Report / ADR Center. Rome, 2010. 57 p.
50. Носырева Е.И. Нотариат и альтернативные процедуры урегулирования споров. *Нотариат, государственная власть и гражданское общество: современное состояние и перспективы* : материалы Всероссийской научно-практической конференции. Москва : ФРПК, 2007. С. 63.
51. Жарвен С. Альтернативные подходы к разрешению международных споров. URL: <http://www.investkz.com/journals/31/342.html> (дата звернення: 12.02.2021).
52. Єрьоменко Г. Медіація як спосіб вирішення спорів. URL: <http://innovations.com.ua/uk/interview/6/39/374> (дата звернення: 26.12.2020).
53. Кузьмина М. Юридический конфликт: теория и практика разрешения. Москва : Юр-литинформ, 2008. С. 59–60.
54. Кучинская Е.Н., Гасанов А.М. Актуальные вопросы становления и развития медиации в России. *Российский судья*. 2012. № 5. С. 23–26.
55. Folberg J. Resolving disputes. Theory, practice and law / Folberg J., Golann D., Kloppenberg L., Stipanowich T. New York, 2005. P. 223.
56. Kovach K. Mediation. Principles and Practice. Third edition. Saint Paul, 2004. P. 15.
57. Paul J. Zwier & Ann B. Hamric, The Ethics of Care and Reimagining the Lawyer/ Client Relationship, 22 *J. CONTEMP. L.* 383. 1996.
58. Rau A. Peppet S. Processes of dispute resolution. The role of Lawyers. Third edition / A. Rau, T. Sherman. New York, 2002. P. 337.
59. Ульянова Г.О. Актуальні питання запровадження медіації у сфері права інтелектуальної власності. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2010. № 3. С. 66-68.
60. Проект Закону «Про медіацію» № 2425а від 26.06.2013. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47637 (дата звернення: 12.01.2021).
61. Проект Закону «Про медіацію» № 2425а-1 від 03.07.2013. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=47710 (дата звернення: 12.01.2021).
62. Проект Закону «Про медіацію» № 2480 від 27.03.2015. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=54558 (дата звернення: 12.01.2021).
63. Проект Закону «Про медіацію» № 2480-1 від 09.04.2015. *База даних «Законодавство України»*. / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=2480-1&skl=9 (дата звернення: 12.01.2021).
64. Проект Закону «Про медіацію» № 3665 від 17.12.2015. *База даних «Законодавство України»*. / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57463 (дата звернення: 12.01.2021).
65. Проект Закону «Про медіацію» № 3665-1 від 29.12.2015. *База даних «Законодавство України»*. / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57620 (дата звернення: 12.01.2021).
66. Проект Закону «Про медіацію» № 7481 від 17.12.2010. *База даних «Законодавство України»*. / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?id=&pf3516=7481&skl=7 (дата звернення: 08.02.2021).
67. Проект Закону «Про № 3504 від 19.05.2020. *База даних «Законодавство України»*. / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 08.02.2021).
68. Про Стратегію реформування судостою, судочинства та суміжних правових інститутів на 2015-2020 роки : Указ Президента України від 20.05.2015 № 276/2015. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/276/2015> (дата звернення: 08.02.2021).
69. Про затвердження плану заходів щодо дерегуляції господарської діяльності та покращення бізнес-клімату, плану дій щодо підвищення позиції України в рейтингу Світового банку «Ведення бізнесу» ("Doing Business") : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 04.12.2019 № 1413-р. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1413-2019-%D1%80#Text> (дата звернення: 08.02.2021).
70. Державний стандарт соціальної послуги посередництва (медіації) : Наказ Міністерства соціальної політики України № 892 від 17.08.2016. *Офіційний вебсайт Верховної Ради України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1243-16#Text> (дата звернення: 12.02.2021).

РОЗДІЛ 4

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО, ГОСПОДАРСЬКО-ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

УДК 347.9

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/73>

НАЛЕЖНА МОТИВАЦІЯ ЯК ПОКАЗНИК ЯКІСНОГО РІШЕННЯ

PROPER MOTIVATION AS AN INDICATOR OF A QUALITY JUDGMENT

Григор'єва В.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри спеціально-правових дисциплін
Донецький державний університет управління

Авдєєв О.В., студент I курсу магістратури
факультету права і публічного управління
Донецький державний університет управління

Стаття присвячена дослідженню правової природи мотивації рішення суду та вивченню сучасних тенденцій щодо змісту та обсягів мотивування рішення на досягнення завдань судочинства, а саме справедливого, неупередженого та своєчасного вирішення судом спорів, юрисдикційно віднесених до відповідного виду судочинства (ст. 2 ЦПКУ, 2 ГПКУ, 2 КАСУ).

У роботі досліджується історичне становлення вимоги обґрунтування рішення суду шляхом наведення мотивів та міркувань щодо висновку суду. Зокрема, проаналізовано співвідношення понять «мотив» та «мотивувальна частина» і встановлено, що вони не є тотожними, оскільки «остання є частиною процесуальної форми рішення суду, а мотив є характеристикою його змісту. Важливим складником дослідження є сучасне розуміння мотивації рішення суду за європейськими і національними стандартами та тенденції їх реалізації у правозастосовній діяльності.

Аналізуються правові оцінки цього питання європейськими інституціями, метою яких є забезпечення одноманітності застосування конвенційних засад на формування та дотримання мінімальних стандартів мотивування рішення суду, оскільки якість судового рішення напряму залежить від якості його обґрунтування, зокрема мотивування й аргументації. Відзначено, що обсяги мотивування рішення залежать від багатьох факторів, а саме: характеру рішення, аргументів, наведених сторонами, а також від правових положень, судової практики та практик прийняття рішень на національному рівні.

Структурно-логічна побудова мотивувальної частини та змістовне її наповнення за національним процесуальним законодавством вимагає від суду надання мотиваційної оцінки, крім іншого, «кожного аргументу, наведеного учасниками справи». Тим самим українське законодавство встановлює більш жорсткі (високі) стандарти обсягів мотивування висновків суду щодо предмету спору, доказів та надання їх правової кваліфікації.

Отже, дотримання якісних характеристик мотивування рішення суду, сформованих європейськими і національними інституціями, є однією із складових частин реалізації принципу верховенства права та можливістю суспільству відчувати, «яким чином функціонує система», а також, що залишається актуальним для українського суспільства, поверненням довіри до правосуддя.

Ключові слова: правосуддя, рішення суду, мотивувальна частина, мотив, правова аргументація, обґрунтування.

This article investigates the legal nature of the motivation of the court decision and current trends in the content and scope of motivation of the decision to achieve the tasks of justice, namely fair, impartial and timely resolution of disputes which are referred to the relevant type of proceedings according to the competence of the court (Art. 2 the Civil Procedure Code of Ukraine, Art. 2 the Commercial Procedure Code of Ukraine, Art. 2 The Code of Administrative Procedure).

The article examines the historical formation of the requirement to substantiate a court decision by giving reasons and considerations for the judgment. In particular, the relationship between the concepts of "motive" and "motivational part" is analysed and found that they are not identical, so the latter is part of the procedural form of the court decision, in its turn, the motive is a characteristic of its content. An important component of the study was a modern understanding of the motivation of court decisions according to European and national standards and trends in their implementation in law enforcement.

Legal assessments of this issue carried out by European institutions are analysed. The purpose of them is to ensure uniform application of convention principles for the formation and compliance with minimum standards of motivation of court decisions, as the quality of court decisions directly depends on the quality of its justification, including motivation and reasoning. It is noted that the motivation for the decision depends on many factors, namely: the nature of the decision, the arguments put forward by the parties, as well as legal provisions, case law and decision-making practices at the national level.

The structural and logical construction of the motivational part and its content under the national procedural law requires the court to provide a motivational assessment, among other things, for "every argument put forward by the parties to the case". Thus, the Ukrainian legislation sets stricter (high) standards for the full and complete motivation of court conclusions on the subject of the dispute, evidence and providing their legal qualifications.

Thus, compliance with the qualitative characteristics of the motivation of court decisions formed by European and national institutions is one of the components of the rule of law and the ability for the society to guess "how the system works" and what remains relevant for Ukrainian society – restoring trust in justice.

Key words: justice, court decision, motivational part, motive, legal argumentation, substantiation.

Діяльність суду щодо розгляду та розв'язання спорів завершується ухваленням рішення, яке підводить підсумок проведеної роботи щодо дослідження спірних відношень та захисту правомочності суб'єктів права. За своїм змістом рішення сумує результат судової діяльності та містить відповідь суду за суттю заявлених вимог. Певним чином рішення відображає зміст судової діяльності у певний

момент його розвитку та є фіксацією діяльності суду у певний умовно обмежений момент. Тому рішення характеризується не тільки загальним, що становить судову діяльність загалом, а й особливостями, які притаманні йому в обмежений у часі момент – завершення розгляду спору по суті.

В юридичній літературі під час визначення юридичної природи судового рішення питання його мотивування

останнім часом усе частіше стає предметом обговорення. Елементи оціночного судження в рівному ступені властиві судовому рішення, незалежно від виду судочинства, характеру справи, та цілком пов'язані з необхідністю надати ґрунтовну відповідь щодо фактів, подій чи дій, доказів на них, їх співвіднесення за певними критеріями й стандартами «якісного судового рішення».

Теоретичні основи правової природи судового рішення розроблялися вченими радянського періоду: М.Г. Авдоковим, М.А. Вікут, С.І. Вільнянським, М.А. Гурвичем, Л.М. Завадською, Н.Б. Зейдером, П.В. Логіновим, П.А. Лупинською, Н.О. Чечиною та іншими. Наукові праці за вказаною проблемою опубліковані у радянський період, тобто до утворення сучасної судової системи та реформи процесуального законодавства. Розвиток національного процесуального права останніх часів демонструє максимальну наближеність до європейських та світових стандартів, що цілковито відповідає сучасним інтеграційним процесам та вимогам суспільства щодо забезпечення доступності правосуддя та «повернення довіри» до нього.

Сучасні наукові дослідження правової природи судового рішення відбуваються, так би мовити, за різними векторами. Зокрема, за видами судочинства: в цивільному – у працях науковців І.В. Андропова, Р.О. Гавріка, І.О. Колотилової, Г.В. Фазікош; в адміністративному – О.В. Джафарової, Я.П. Синицької, М.І. Труш, Е.Ю. Швед; у господарському – В.В. Григор'євої, О.В. Кот. Важливий вектор дослідження за напрямом реалізації судової нормотворчості, зокрема щодо судової практики та судового прецеденту, знайшов розвиток у працях Т.М. Анакіної, О.Р. Дашковської, К.Ю. Ісмайлової, Н.В. Стецика та інших. Окремо слід відзначити наукові та практичні здобутки правників М.І. Козюбри, П.М. Рабіновича, О.М. Юркевича у розвитку теорії юридичної аргументації та її втілення під час здійснення правосуддя.

Автори цього дослідження ставлять за мету визначити значущість мотивування рішення суду на досягнення завдань судочинства. Зумовлено це тим, що рішення суду за змістом акумулює у собі встановлення суспільних відносин і фактів, які були досліджені, надання їм оцінки та юридичної кваліфікації, що у сукупності впливає на зміст відповіді суду – резолюцію.

На наш погляд, правильність рішення залежить не тільки від повного з'ясування обставин справи, використання норм матеріального права, правильного розв'язання справи за суттю, але й від того, як складений та викладений процесуальний документ, наскільки відповідає вимогам закону його зміст. Рішення суду як процесуальний документ відображає зовнішню форму виразу судження суду безвідносно до його змісту, оформлюється як акт правосуддя, як і інші вказівки суду, які викладені у рішенні, носитиме поінформований і роз'яснювальний характер та демонструє учасникам спору, «що вони були почуті» [1, § 30]. Як процесуальний акт документ рішення являє собою засіб документально-словесного закріплення суті рішення. Зміст рішення тісно пов'язаний з його суттю, що зазначалося ще у працях дореволюційних російських учених. Під змістом розумілося: визнано чи ні зазіхання позивача, чи підлягає задоволенню або, навпаки, у задоволенні позову треба відмовити, тобто розв'язання у змісті всіх вимог, які заявлені за суттю справи [2].

За передбаченим процесуальним законодавством зміст рішення, мотивувальна частина є найбільш складною частиною рішення суду, через те що вона пов'язана з питанням мотивування (аргументації) рішення суду. Не викликає сумніву положення, що рішення суду повинно бути обґрунтованим, але у цьому питанні можна зазначити такі аспекти: перший пов'язаний із тим, що розуміється під мотивуванням рішення суду, другий – що є аргументацією, третій – чи можна розглядати умотивованість й аргументованість як самостійні вимоги поряд із обґрунтованістю, чи вони є її складовими частинами.

У сучасній літературній мові термін «мотивувати» означає наводити мотиви, що пояснюють, виправдовують певні дії, вчинки тощо; обґрунтовувати [3]. Автори теоретичних робіт про радянський процес визначають мотивування процесуальних рішень як систему мотивів, що наводиться суддями на обґрунтування висновків, які містяться в цьому рішенні [4, с. 159].

Мотив – поняття багатоаспектне, що має декілька значень, мотиваційна сфера є складним утворенням. У психології мотив становить собою спонукання до діяльності, пов'язаної із задоволенням потреб суб'єкта. У роботах із соціальної психології під мотивом розуміють соціально-психологічне ставлення людини до різних сторін об'єктивної дійсності, тобто ті причини, які є основою вибору її дій і вчинків. Важливим є те, що мотивація людини (особистості) як члена суспільства залежить від стійких домінуючих мотивів поведінки, інших особливостей, що допомагають чи заважають реалізувати мотиви, та характеризує, наскільки вона занурена у суспільні відносини, зокрема, яким чином «ця система відбивається в її індивідуальній свідомості». [5]

Відштовхуючись від загальноновизнаних тлумачень, можна сформулювати та запропонувати процесуально-правове поняття мотиву. У зв'язку з цим, на наш погляд, доцільно розрізняти мотиви, які лежать в основі внутрішнього переконання суб'єктів процесу і по суті є соціально-психологічними, а також мотиви, які є елементами судового рішення. Процесуально-правові мотиви як елементи судового рішення є сукупністю доказів та аргументів, які наводяться суддями для підтвердження правильності своїх висновків у справі. Їх значущість полягає в тому, що вони виражають знання і «внутрішню переконаність» суддів із питань, які підлягають вирішенню у рішенні.

Формування вимоги умотивованості рішення суду відбувалося поступово. Так, зокрема, Статутом цивільного судочинства передбачалося, що рішення повинно містити у собі: «1) наведення вимог учасників тяжби і висновки Прокурора, якщо вони були надані; 2) міркування суду з наведених обставин, на яких рішення засноване, та вказівку на закони, якими суд керувався». Саме ці міркування розглядалися як мотиви судового рішення у дореволюційній цивільно-процесуальній науці [6, с. 822–827]. У кримінально-процесуальній науці того часу як мотиви розглядалися «соображения, относящиеся к оценке имеющих по делу улик и доказательств», які повинні бути викладені у вирокі [7, с. 248].

Значущість мотивам, які покладені у рішення суду, серйозну увагу приділив В.Л. Ісаченко, який вважав викладення міркувань суду найважливішою та найсерйознішою частиною рішення у кінцевій формі. Науковець вказував, що міркування повинні бути досить повними, ясними та послідовними; не можуть бути припущені ніякі протиріччя як між ними, так і між кінцевими висновками; вони повинні бути узгоджені як з обставинами справи, так і із законами, інакше рішення не буде ґрунтуватися на законі; не повинні згадуватися такі фактичні обставини, які сторонами не вказувалися та не були предметом змагання, але обов'язково повинні містити у собі всі ті основи, за якими суд «уважає или не уважает известное требование сторон», визнає чи не визнає за доказом силу судового доказу. Водночас суд «не связан в свободе проводить в своем решении и такие соображения, которые не были приводимы тяжущимися»; не зобов'язаний критично розбирати кожний наведений сторонами довід, надавати на них відповіді, а також критично розбирати кожний документ [6, с. 105]. Ці висновки В.Л. Ісаченко є актуальними для сучасного судочинства дотепер.

У середині ХХ ст. Д.І. Полумордвинов вказував, що, з одного боку, під мотивами слід розуміти зміст рішення, який викладається у мотивувальній частині його тексту, які стають спонукальною основою, якою керується суд під

час постановлення рішення, безвідносно до того, в якій частині тексту рішення вони викладаються та чи викладаються вони у тексті загалом [8, с. 32].

М.А. Гурвич у дослідженнях висловлював відмінні думки, зокрема у праці «Рішення радянського суду у позовному провадженні» науковець вказував, що мотиви судового рішення охоплюють фактичні основи рішення, оцінку доказів та «правові основи рішення – вказівку на джерела застосованого рішення права та міркування суду з їх тлумачення» [9, с. 111]. Через деякий час науковець частково змінив думку, вказавши, що «фактична основа рішення поділяється на міркування, які становлять оцінку доказів, та встановлення пошукових фактів, тобто того фактичного складу, з яким суд кризь правову основу рішення пов'язує свій кінцевий висновок, цю другу частину фактичної основи прийнято називати мотивами рішення суду» [10, с. 43]. Однак далі автор ставить на одну ланку фактичні основи рішення та мотиви, вказуючи, що «фактичні основи рішення або його мотиви становлять обставини справи, які були встановлені судом» [10, с. 63], замовчуючи про міркування, які складають оцінку доказів. Незважаючи на вказане, можна зробити висновок, що М.А. Гурвич пов'язує поняття мотивів із фактичною основою судового рішення.

Таким чином, можна зробити висновок, що в юридичній науці були висловлені різні думки з приводу мотивів рішення. Так, під мотивами розуміли саму мотивувальну частину рішення, яка містить оцінку доказів, обставин, застосовані закони, висновки, до яких дійшов суд. У цьому разі фактично не розділяють поняття змісту мотивувальної частини та власне мотивів, зокрема «мотиви або мотивувальна частина повинна віддзеркалити фактичні та правові основи судового рішення» [11, с. 59].

Інше розуміння мотивів пов'язують із розумовою діяльністю суду. Мотивами є умовивід суду про наявність або відсутність правовідношення, яке є основою резолютивної частини рішення. Результат цих мотивів – умовивід суду про правовідношення – знаходить відображення у мотивувальній частині рішення господарського суду. П.А. Лупинська вказує, що умотивованість рішення може виражатися у зазначенні встановлених обставин та доказів, на яких базуються висновки, із з'ясуванням, чому одні докази прийняті, а інші – відхилені, а також у фактичній, логічній і правовій аргументації щодо встановлених фактів та їх правової сутності, у наведених доводах, які пояснюють вибір одного з варіантів рішення та його доцільність [4, с. 159–160]. На обов'язковість приведення у рішенні засад суддівського переконання вказував П.Я. Трубников, пояснюючи це застереженням суддів від помилкового розв'язування спору. Обмірковування та формулювання цих засад, їх викладення у мотивувальній частині рішення можуть привести суддю до переконання про помилковість висновків та спричинити їх перегляд. П.Я. Трубников також вважав, що у мотивувальну частину необхідно включити пояснення, чому використана саме ця норма матеріального права під час розв'язання справи [12, с. 57–58].

Ще слід зазначити, що свого часу у процесуальній літературі зверталась увага, що «мотивувальна частина рішення може містити у собі політичні мотиви, бо вмілий, політично розвинутий суддя з'ясовує у судовому засіданні, на окремій конкретній справі, усі ті внутрішні процеси, які відбуваються у нашій країні» [13, с. 54]. У правовій державі, де найважливішою цінністю є права людини, суд не в змозі керуватися ніякими політичними (ідейними, партійними) міркуваннями, що повністю відповідає демократичним принципам відправлення правосуддя та дотримання принципу верховенства права.

Таким чином, учені, досліджуючи вмотивованість, звертають увагу на фактичні засади рішення, пов'язуючи цю вимогу з поясненнями суду, доводами, обставинами,

а також на його правову сторону (посилання на закон, його тлумачення). У багатьох дослідників умотивованість, по-перше, пов'язана з рішенням як процесуальним документом, а по-друге, у цьому процесуальному документі відбувається обґрунтування через пояснення суду про те, чому прийняті одні докази та відхилені інші. Мотивування як структурний елемент рішення не може бути зведене лише до форми процесуального рішення, воно одночасно є й характеристикою його змісту, немовби пов'язуючи правові висновки суддів із встановленими в судовому розгляді фактами, які свідчать про наявність чи відсутність обставин, що входять до предмета доказування у справі. Мотивування однаковою мірою характеризує відповідність форми рішення закону і правосудності висновків, до яких суд дійшов у результаті розгляду цієї справи.

Предметом сучасних досліджень все частіше стають питання, пов'язані з межами мотивування рішення суду. Так, використовуючи практику Європейського суду з прав людини, судді, відсилаючи до певного фрагменту рішення, фактично пропонують обмежене трактування, що «не дозволяє з'ясувати, які саме міркування ЄСПЛ мав на увазі» [14].

Прикладом такого посилення можна продемонструвати спробу обґрунтувати відсутність обов'язку суду надавати відповідь (мотиви) на кожний аргумент заявника, посилаючись на рішення ЄСПЛ «Серявін та інші проти України», зокрема §58. Хоча пункт 1 статті 6 Конвенції (995_004) зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент» [15]. На це рішення доволі часто здійснюється посилання у рішеннях судів різних інстанцій, зокрема у постановках Верховного Суду, зокрема у справах № 761/38635/16-ц та № 127/3429/16-ц суд трактував висновок ЄСПЛ як відсутність «вимоги надавати детальну відповідь на кожен аргумент».

Важливим є дослідити повний текст §58 рішення по справі «Серявін та інші проти України». Поряд із вищезазначеним у рішенні вказано, що «міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення» та має «свободу розсуду щодо вибору аргументів у тій чи іншій справі та прийняття доказів на підтвердження позицій сторін, орган влади зобов'язаний виправдати свої дії, навівши обґрунтування своїх рішень». Формування вимог щодо меж обґрунтування рішення містяться й в інших справах, на деякі суд посилається у самому рішенні по справі «Серявін та інші проти України», зокрема «Руїс Торіа проти Іспанії» (Ruiz Torija v. Spain), «Суомінен проти Фінляндії» (Suominen v. Finland, «Гірвісаарі проти Фінляндії» (Hirvisaari v. Finland). Також слід зазначити, що у рішенні по справі «Олуїчів v. Croatia» [16] у §82 вказано, що «навіть якщо національний суд володіє певною межею розсуду, віддаючи перевагу тим чи іншим доводам у конкретній справі та приймаючи докази на підтримку позицій сторін, суд зобов'язаний мотивувати свої дії та рішення».

Тим самим ЄСПЛ встановлює, що проголошені вимоги у ч. 1 ст. 6 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод щодо обґрунтованості рішення за реалізацією права на справедливий суд має мінімальні стандарти та вказує, що суд повинен у повному обсязі надати мотиви та аргументи в обґрунтування рішення за конкретною справою в межах, визначених національним законодавством.

Доволі суперечливу позицію щодо обґрунтування рішення суду висловлено у Висновку № 11 Консультативної ради європейських суддів щодо якості судових рішень (пункти 34–50). Так, зазначено, що досягнення якісного рішення можливо у разі якісного та належного обґрунтування, яке базується на обов'язку судді «дати відповідь на аргументи сторін та вказати на доводи, що лежать в основі рішення й забезпечують його правомірність» (п. 35)

та «засвідчувати дотримання суддею принципів, проголошених Європейським судом із прав людини» (п. 37). Однак вже у наступних висновках щодо обсягу обов'язку вказується, що виклад підстав прийняття рішення корегується характеристиками, які «повинні давати відповідь лише на доречні доводи, здатні вплинути на вирішення спору» (п. 39) та «не означає необхідності відповідати на кожен аргумент заявника на підтримку кожної підстави захисту» (п. 41). Поряд із цим робиться похибка, що обов'язок «суду може змінюватися залежно від характеру рішення» та «залежно від правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, практик підготовки та представлення рішень у різних країнах» (п. 41) [17].

Тобто у рішеннях ЄСПЛ та Висновках Консультативної ради європейських суддів сформовані європейські стандарти якості судових рішень, зокрема щодо визначення меж (обсягів) його обґрунтування, за повнотою надання відповіді на вимоги й аргументи сторін, що базується на дослідженні питань права (національного, європейського, міжнародного, судової практики та правової догми), застосування яких корелюється національним законодавством. З цього приводу ми цілком підтримуємо автора публікації «Як написати судові рішення: практичні поради», а саме: «посилання на практику ЄСПЛ щодо мінімального конвенційного стандарту мотивування є очевидно нерелевантними з огляду на те, що встановлений ЦПК України стандарт мотивування судових рішень є вищим (суворішим) за мінімальний конвенційний стандарт, визначений усталеною практикою ЄСПЛ» [18].

Вимоги до змісту рішення сформульовані у процесуальному законодавстві, зокрема ст. 265 ЦПКУ, 238 ГПКУ, 246 КАСУ. Визначаючи чітку структурно-логічну побудову всього рішення, значна увага приділяється змістовному наповненню. Зокрема, мотивувальна частина рішення повинна містити, крім зазначення обставин та доказів, які їх підтверджують сторони, вимагає мотивованої оцінки «кожного аргументу, наведеного учасниками справи». За законодавством, спрямованим на стимулювання інвестиційної діяльності у господарському судочинстві, мотивувальна

частина повинна містити «висновок суду про те, яка обставина, що є предметом доказування у справі, визнається судом встановленою або спростованою з огляду на більшу вірогідність відповідних доказів», які «мотиви визнання доказів є більш вірогідними щодо кожної обставини, яка є предметом доказування у справі». Наведене надає можливість стверджувати щодо неприпустимості обмеження мотивації рішення колом доказів та аргументів, які були покладені в основу рішення.

Щодо повноти обґрунтування рішення суду з використання правової догми доречним є наведення виваженої думки П.О. Рабіновича щодо складових частин правового обґрунтування, а саме щодо правового доведення та правового аргументування. Так, кожний компонент вибирається або домінує залежно від доведення «правильності (істинності) фактів, або на переконання у прийнятності, переконливості певної точки зору», тобто «названі мотивація і вмотивованість рішення суду виражаються через аргументацію й аргументованість» [19, с. 14]. Саме крізь аргументацію суд доводить правильність прийнятого рішення, побудованого «за своїм внутрішнім переконанням, що ґрунтується на всебічному, повному, об'єктивному та безпосередньому дослідженні наявних у справі доказів» (ст. 86 ГПКУ).

Аналіз вищевведених суджень про досліджуване правове явище дає змогу зробити висновок, що мотивування однаковою мірою характеризує відповідність форми рішення праву та правосудності висновків, до яких суд дійшов у результаті розгляду цієї справи, які мають чітку процесуальну форму та наповнені змістом. Саме тому важливість послідовних та виважених дій суду, що спрямовані на надання аргументованої відповіді, потребує чіткого та послідовного дотримання вимог, зокрема щодо обсягів (меж) мотивування висновків суду, які покладені в основу резолюції. Тому дотримання європейських та національних стандартів якості рішення виступає однією із процесуальних гарантій досягнення верховенства права, справедливості та можливістю суспільству відчувати, «яким чином функціонує судова система».

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Гірвісаарі проти Фінляндії» від № 49684/99, 27.09.2001 URL: <https://legalclinics.in.ua/wp-content/uploads/2017/07/Zastosuvannya-praktyky-YEvropejskogo-sudu-z-prav-lyudyny-.pdf>
2. Энгельман И.Е. Учебник русского гражданского судопроизводства. Юрьев, 1904., 475 с.
3. Словник української мови Академічний тлумачний словник (1970—1980) URL: <http://sum.in.ua/s/motyvuvaty>
4. Лупинская П.А. Решение в уголовном судопроизводстве. Их виды, содержание и формы М.: Юрид. лит., 1976. 168 с.
5. Винславська О.В., Бреусенко-Кузнецов О.А., Злишков В.Л., Апішева А.Ш., Васильєва О.С. Психологія. Навчальний посібник К.: Фірма "ІНККОС", 2005. 351 с.
6. Исаченко В.Л. Гражданский процесс. Практический комментарий на вторую книгу УГС СПб, 1912. Т. IV. 870 с.
7. Случевский В. Учебник русского уголовного процесса. Судостроительство – судопроизводство. С.-Пб, 1910 (Цитата по Хрестоматии по уголовному процессу России). М.: Городец, 1999 389 с.
8. Полумордвинов Д.И. Мотивы судебного решения. *Советское государство и право*. 1947. №4. С. 28–35.
9. Гурвич М.А. Решение советского суда в исковом производстве М.: ВЮЗИ, 1955. 128 с.
10. Гурвич М.А. Судебное решение. Теоретические проблемы М.: Юрид. лит., 1976. 175 с.
11. Щеглов В.Н. Законность и обоснованность судебного решения по гражданско-правовому спору. Новосибирск: Новосибирское книжное изд-во, 1958. 88 с.
12. Трубников П.Я. Условия эффективности судебного решения. *Советское государство и право*. 1976, №2 С. 51–54.
13. Гранберг В.Т. Учебник гражданского процесса М., 1940. 219 с.
14. Огляд практики застосування суддями Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду рішень Європейського суду з прав людини при прийнятті постанов за 2018 рік URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/oglyad_prakt_kgs_1.pdf
15. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Серєвін та інші проти України» N 4909/04 від 10 лютого 2010 року URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_672#Text
16. Рішення Європейського суду з прав людини по справі «Olujčić v. Croatia» заява № 22330/05, від 05.02.2009 URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%2201-91144%22%22%22>
17. Висновок № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень URL: https://court.gov.ua/userfiles/visn_11_2008.pdf
18. Як написати судові рішення: практичні поради URL: <https://www.facebook.com/groups/941768032972998>
19. Рабінович П.О., Дудаш Т.І. Правова аргументація: терміно-поняттєвий інструментарій дослідження *Вісник Національної академії правових наук України* № 2 (85) 2016. С. 8–20.

ЗАСТОСУВАННЯ ПРАВИЛ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ ПІД ЧАС ФІНАНСУВАННЯ ОБ'ЄКТІВ ІНФРАСТРУКТУРИ

APPLYING OF STATE AID RULES DURING FINANCING OF INFRASTRUCTURE

Ліллемяе О.Е., к.ю.н.,

головний спеціаліст Департаменту моніторингу і контролю державної допомоги

Антимонопольний комітет України,

молодший науковий співробітник

Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова Національної академії наук України

Джабраїлов Р.А., д.ю.н., професор,

заступник директора з наукової роботи

Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова Національної академії наук України

Статтю присвячено висвітленню особливостей застосування правил державної допомоги під час фінансування об'єктів інфраструктури. Зазначається, що об'єкти інфраструктури можуть мати як комерційну, так і не комерційну складову. У статті визначається сфера охоплення правилами державної допомоги фінансування об'єктів інфраструктури та умови за яких надання державної підтримки не буде вважатися державною допомогою, опираючись на акти вторинного законодавства ЄС.

Зуважується, що як такої потреби у детальному визначенні об'єктів інфраструктури немає, що пояснюється ключовими елементами концепції державної допомоги, які мають бути виконані під час аналізу заходу фінансування об'єкту інфраструктури. Отже, аргументовано, що визначення переліку об'єктів інфраструктури або їх характерних особливостей та ознак не є доцільним з огляду на стрімкий розвиток нових технологій, економіки, що у свою чергу сприяє розробці нових об'єктів інфраструктури. Зазначено, що єдиним та визначальним критерієм в аналізі на ознаки державної допомоги є можливість використання об'єктів інфраструктури для комерційної діяльності, який дозволяє визначити чи повинні правила державної допомоги застосовуватися у даному випадку.

Зазначено, що правила державної допомоги застосовуються тільки якщо об'єкти інфраструктури задіяні у виробництво товарів або провадження окремих видів господарської діяльності, тобто використовується з комерційною метою, а інвестування відбувається без проведення конкурентної процедури відбору оператора/користувача об'єкта інфраструктури. Некомерційна інфраструктура тобто та, яка є доступною для суспільства на безоплатній основі не підпадає під дію правил державної допомоги.

У випадках, коли об'єкт інфраструктури використовується як в комерційних, так і в некомерційних цілях, державне фінансування його будівництва підпадає під дію правил державної допомоги лише у тій частині, в якій кошти спрямовуються на покриття витрат, пов'язаних з комерційною діяльністю суб'єкта господарювання.

Зазначено, що інвестування в об'єкти інфраструктури може підпадати під сферу дії Закону у разі, якщо не було дотримано конкурентну процедуру відбору оператора/користувача об'єкта інфраструктури.

Ключові слова: державна допомога, економічна конкуренція, суб'єкт господарювання, об'єкт інфраструктури, комерційна діяльність.

The article is devoted to highlighting features of the application of state aid rules in the financing of infrastructure. It is noted that infrastructure can be both commercial and non-commercial component. The article defines the scope of state aid rules for the financing of infrastructure and the conditions under which the provision of state support will not be considered as a state aid, based on acts of secondary EU legislation.

It is noted that as such there is no need for a detailed definition of infrastructure, which is explained by the key elements of the concept of state aid that must be implemented during the analysis of the financing of the infrastructure. Therefore, it is argued that determining the list of infrastructure objects or their characteristics and features is not appropriate given the rapid development of new technologies, economies, which in turn develop new infrastructure objects. It is noted that the only one determining criterion in the analysis of the signs of state aid is the possibility of using the infrastructure for economic activities, which allows to determine whether the rules of state aid should be applied in this case.

It is emphasized that state aid rules apply only if the infrastructure involves the production of goods or certain economic activity, that is used for commercial purposes, and the investment occurs without a competitive selection procedure for the operator / user of the infrastructure. Non-commercial infrastructure is one that is available to the public free of charge, is not subject to state aid rules.

In cases where the infrastructure is used for both commercial and non-commercial purposes, public funding for its construction is subject to state aid rules only to the extent to which funds are used to cover the costs associated with the commercial activities of the undertaking.

It is noted that infrastructure investment may fall within the scope of the Law if the competitive selection procedure for the operator / user of the infrastructure object has not been followed.

Key words: state aid, economic competition, undertaking, infrastructure, economic activity.

Основним та головним правилом концепції державної допомоги, що передбачено Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода) [1] та іншими міжнародно-правовими актами є те, що будь-яка державна допомога суб'єктам господарювання є недопустимою для конкуренції. Разом з тим, правила державної допомоги передбачають досить широкий перелік коли така державна допомога, спотворюючи конкуренцію, може вважатися допустимою та сумісною з належним функціонуванням ринку. Для того, щоб захід взагалі було визнано державною допомогою, необхідним є кумулятивне виконання декількох критеріїв:

- підтримка надається суб'єкту господарювання;
- фінансування державної підтримки здійснюється за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;

- підтримка створює переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;

- підтримка спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції.

Отже, якщо захід фінансування не відповідає наведеним вище ознакам, правила надання державної допомоги взагалі не застосовуються. Об'єкти інфраструктури, а точніше інвестування у ці об'єкти якраз є яскравим прикладом такого виду фінансування. Взагалі, враховуючи вітчизняний досвід та досвід західноєвропейських країн, фінансування об'єктів інфраструктури є достатньо поширеним інструментом досягнення певних цілей державної політики, тому дуже важливо з'ясувати в яких випадках правила надання державної допомоги повинні застосовуватись, а в яких ні.

Крім того, вищенаведені аспекти були об'єктом численних досліджень іноземних вчених, таких як J. Rapp,

Т. Kleiner [2], М. Kekelekis [3], В. Wendland [4], Р. Nicolaidis [5] та інших, чого не можна сказати про українські наукові напрацювання у цій сфері. Щодо вітчизняної науки, варто зазначити, що окремих досліджень, присвячених питанням застосування правил державної допомоги під час фінансування об'єктів інфраструктури, не існує. Однак, варто зазначити роботи Д. Зятіної [6], Я. Петруненко [7], які досить детально досліджують інші питання у сфері державної допомоги.

Метою статті є висвітлення на основі аналізу національного законодавства та законодавства ЄС, а також наукових джерел, ключових аспектів застосування правил державної допомоги під час фінансування об'єктів інфраструктури.

Отже, пунктом 2 частини другої статті 3 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» (далі – Закон) [8], зокрема, передбачено, що дія Закону не поширюється на підтримку господарської діяльності, пов'язаної з інвестуванням в об'єкти інфраструктури із застосуванням процедур державних закупівель. Під час застосування цієї норми виникає питання щодо видів об'єктів, які охоплюються терміном «об'єкт інфраструктури» і чи взагалі потрібно визначати види об'єктів інфраструктури. Національне законодавство не містить єдиного визначення «**об'єкт інфраструктури**». У той же час аналіз галузевих законодавчих актів дозволив виявити наступне.

Наприклад, відповідно до статті 1 Закону України «Про доступ до об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики з метою розвитку телекомунікаційних мереж» [9]:

а) **інфраструктура об'єкта електроенергетики** – об'єкти електроенергетики, у тому числі опори ліній електропередачі, електричні підстанції тощо, придатні для надання власником інфраструктури об'єкта доступу у користування замовнику на договірних засадах;

б) **інфраструктура об'єкта транспорту** – виробничо-технологічні комплекси і споруди авіаційного, автомобільного, залізничного, морського і річкового, трубопровідного транспорту, міського електротранспорту, що надаються або можуть надаватися власником інфраструктури об'єкта доступу у користування замовнику на договірних засадах тощо.

Згідно зі статтею 1 Закону України «Про морські порти» [10]: **об'єкти портової інфраструктури** – рухомі та нерухомі об'єкти, що забезпечують функціонування морського порту, у тому числі акваторія, гідротехнічні споруди, доки, буксири, криголами та інші судна портового флоту, засоби навігаційного обладнання та інші об'єкти навігаційно-гідрографічного забезпечення морських шляхів, системи управління рухом суден, інформаційні системи, перевантажувальне обладнання, залізничні та автомобільні під'їзні шляхи, лінії зв'язку, засоби тепло-, газо-, водото електропостачання, інші засоби, обладнання, інженерні комунікації, розташовані в межах території та акваторії морського порту і призначені для забезпечення безпеки мореплавства, надання послуг, забезпечення державного нагляду (контролю) в морському порту.

Згідно з пунктом 6 статті 1 Закону України «Про наукову і науково-технічну діяльність» [11], державна **дослідницька інфраструктура** – об'єднання наукових установ та (або) вищих навчальних закладів державної форми власності, що створюється з метою оптимального використання їхніх ресурсів (кадрів, матеріалів, устаткування, обчислювальних ресурсів та зберігання банків даних і знань) та координації їх ефективного використання для проведення наукових, науково-технічних досліджень і науково-технічних розробок на найвищому рівні, а також забезпечення спільного проведення заходів щодо якісної підготовки фахівців у відповідних галузях знань.

Крім аналізу національного законодавства, варто також звернутися до вторинного законодавства ЄС, адже стаття 264 Угоди регламентує, що Сторони домовились, що вони застосуватимуть положення Угоди з викорис-

танням як джерела тлумачення критеріїв, що впливають із застосування статей 106, 107 та 93 Договору про функціонування Європейського Союзу, зокрема відповідну судову практику Суду Європейського Союзу, а також відповідне вторинне законодавство, рамкові положення, керівні принципи та інші чинні адміністративні акти Союзу [1].

Отже, акти вторинного законодавства ЄС містять тільки специфічні терміни, що стосуються конкретної галузі економіки для досягнення функціональних завдань регулювання. Так, наприклад, відповідно до пункту 19(31) Повідомлення Європейської комісії «Керівні принципи державної допомоги з охорони навколишнього середовища та енергетики на 2014-2020 роки» [12] **енергетична інфраструктура** означає будь-яке обладнання або об'єкт, які розташовані в межах Європейського Союзу, або пов'язують Європейський Союз з однією чи кількома третіми країнами, та підпадають під такі категорії:

У сфері електроенергії:

- інфраструктура для передачі електроенергії;
- інфраструктура для розподілу електроенергії;
- об'єкти зберігання електроенергії, що використовуються для постійного або тимчасового зберігання електроенергії в наземній або підземній інфраструктурі або геологічних об'єктах, за умови, що вони безпосередньо пов'язані з високовольтними лініями, призначеними для напруги 110 кВ та більше тощо.

Відповідно до пункту 15(ff) Рамкових положень щодо державної допомоги для досліджень, розробок та інновацій [13], **дослідницька інфраструктура** означає засоби, ресурси та пов'язані з ними послуги, які використовуються науковим співтовариством для проведення досліджень у відповідних областях та охоплюють: наукове обладнання чи набір інструментів, ресурси, що базуються на знаннях, такі як колекції, архіви або структурована наукова інформація, що дозволяє інфраструктурі на основі інформаційно-комунікаційних технологій, таких як сітки, обчислення, програмне забезпечення, комунікації або будь-який інший об'єкт унікального характеру, проводити дослідження. Такі інфраструктури можуть бути «єдиними» або «розподіленими» (організованою мережею ресурсів).

Отже, як бачимо і українське законодавство, і вторинне законодавство ЄС містить достатньо велику кількість нормативних актів, які стосуються об'єктів інфраструктури у різних сферах економіки. Однак, слід з'ясувати чи дійсно є потреба у використанні цих визначень для правильного застосування правил державної допомоги і чи будь-яке інвестування в об'єкти інфраструктури не буде підпадати під дію Закону?

Аналізуючи норми Закону [8], слід зазначити, що будь-яка державна підтримка об'єктів інфраструктури, які використовуються для діяльності, що не пов'язана з виробництвом товарів або провадженням окремих видів господарської діяльності (тобто **не для здійснення комерційної діяльності**), відповідно до частини першої статті 3 Закону, не підпадає під сферу дії Закону, у той час як, за змістом пункту 2 частини другої статті 3 Закону, підтримка інших об'єктів інфраструктури (тих, що використовуються для виробництва товарів або провадження окремих видів господарської діяльності, тобто **з комерційною метою**) не буде підпадати під сферу дії Закону, якщо така підтримка здійснюється у формі інвестування в об'єкти інфраструктури із застосуванням процедур державних закупівель.

Загальний термін «інфраструктура» не визначено законодавством ЄС. І це не є випадковим, оскільки є варіативним залежно від різних факторів, зокрема, сфери господарювання тощо. Більше того об'єкти, які було створено 20 років тому, можуть бути не затребуваними у сучасний період розвитку суспільства або взагалі можуть припинити своє існування. Тобто встановлювати певний пере-

лік ознак чи спробувати описати даний термін на законодавчому рівні, для цілей застосування законодавства про державну допомогу, немає сенсу. Адже головна суть для правил державної допомоги полягає не у тому, якими є ці об'єкти, а у тому, чи можна займатись комерційною діяльністю за допомогою цих об'єктів. Зокрема, західноєвропейські вчені зазначають, що протягом століть бібліотеки, лабораторії, музеї чи телескопи були класичними прикладами дослідницької інфраструктури. Однак, сьогодні з'являються нові форми і набувають все більшого значення такі як бази даних, комп'ютерні мережі та унікальні сайти [3, с. 433].

Отже, можна зробити висновок, що як такої потреби у детальному визначенні об'єктів інфраструктури немає, що пояснюється ключовими елементами концепції державної допомоги, які мають бути виконані під час аналізу заходу фінансування об'єкту інфраструктури.

Особливості правового регулювання застосування правил надання державної допомоги для інвестування в об'єкти інфраструктури.

Як було зазначено раніше, єдиною підставою у застосуванні даних правил є можливість використання інфраструктури для комерційної діяльності.

Однак, інвестиції у комерційну інфраструктуру, яка принесе користь усім підприємствам загалом, а не одному чи декільком конкретним підприємствам, розглядаються як загальний захід, який не становить державну допомогу, оскільки немає вибіркової і переваги для певного кола підприємств. Так, заходи з інвестування в інфраструктуру в Португалії поширювалися абсолютно на всіх суб'єктів господарювання, проте скористалися перевагами тільки Volkswagen та Ford. Отже, це зовсім не означає, що інфраструктура має вибіркового характеру, тому Єврокомісія визнала це не державною допомогою [14, с. 74].

Відповідно до пункту 199 Повідомлення Європейської комісії щодо поняття державної допомоги згідно зі статтею 107 (1) Договору про функціонування Європейського Союзу (далі – Повідомлення Єврокомісії) [15], державне фінансування інфраструктури включає усі форми надання державних ресурсів на будівництво, придбання або експлуатацію об'єкта інфраструктури.

Відповідно до пункту 203 Повідомлення Єврокомісії, правила державної допомоги не розповсюджуються на інвестування інфраструктури, яка не призначена для комерційного використання. Це стосується інфраструктури, яка, наприклад, використовується в звичайній діяльності держави, пов'язаній з виконанням публічних повноважень (військові об'єкти, будівлі диспетчерської служби в аеропортах, маяки та інше обладнання, що використовується для навігації, в тому числі річкової, захисту від повеней та раціонального водокористування в інтересах суспільства, охорони правопорядку та здійснення митного контролю) або інфраструктури, яка не використовується для реалізації товарів чи послуг на ринку (наприклад, безкоштовні дороги загального безоплатного користування).

У випадках, коли об'єкт інфраструктури використовується як в комерційних, так і в некомерційних цілях, державне фінансування його будівництва підпадає під дію правил державної допомоги лише у тій частині, в якій кошти спрямовуються на покриття витрат, пов'язаних з комерційною діяльністю суб'єкта господарювання.

У випадках подвійного використання інфраструктури, якщо вона майже повністю використовується для некомерційних цілей, фінансування таких об'єктів може виключатися з-під сфери дії законодавства про державну допомогу за умови, що їх використання в комерційних цілях має суто допоміжний характер. Тобто така діяльність має бути прямо пов'язаною та необхідною для функціонування об'єкта інфраструктури або невід'ємно пов'язаною з основним некомерційним призначенням інфраструктури. Це стосується випадків, коли для комерційного

використання інфраструктури використовуються ті ж самі ресурси, що і для некомерційної діяльності, наприклад, матеріали, обладнання, працівники або основні фонди. Частка комерційного використання інфраструктури повинна бути обмеженою.

У цьому контексті використання інфраструктури для комерційних цілей може вважатися допоміжною діяльністю, якщо щорічна частка такої діяльності в загальному обсязі використання об'єктів інфраструктури не перевищує 20 %.

Відповідно до пункту 211 Повідомлення Єврокомісії, спотворення конкуренції або вплив на торгівлю між державами, як правило, виключаються у випадках, коли будівництво об'єкта інфраструктури здійснюється за усіх зазначених нижче умов:

- 1) об'єкт інфраструктури, як правило, не має прямих конкурентів;
- 2) обсяг приватного фінансування у відповідну сферу є незначним;
- 3) об'єкт інфраструктури не призначений для отримання переваг певними суб'єктами господарювання або галузями, проте створює користь для суспільства в цілому [15].

Перехресне субсидіювання

Якщо суб'єкт господарювання здійснює як комерційну, так і некомерційну діяльність, держава зобов'язана забезпечити неможливість використання державного фінансування некомерційної діяльності для перехресного субсидіювання комерційної діяльності.

Можливість перехресного субсидіювання виключається шляхом забезпечення неучасті власника об'єкта інфраструктури в жодній іншій комерційній діяльності. У разі, коли такий власник здійснює іншу комерційну діяльність – шляхом ведення окремих рахунків, належного розподілу доходів та витрат, а також запобігання витраті державних коштів на будь-які інші види діяльності. Відсутність непрямої допомоги, зокрема операторам об'єктів інфраструктури, може забезпечуватися шляхом обрання таких операторів на конкурентній основі [15].

Наведемо приклад некомерційного використання інфраструктури та належного розподілу витрат. У Німеччині у випадку "Fraunhofer silicon" уряд надав державне фінансування на будівництво науково-дослідного інституту, діяльність якого зосереджена на дослідженнях кремнієвих сонячних батарей. Науково-дослідний інститут повинен був бути побудований в місті Галле, в німецькій землі Саксен-Анхальт. Цей регіон став економічним центром європейської фотоелектричної промисловості. Центр був афілійований інститутом Fraunhofer Gesellschaft – великої дослідницької організації з неприбутковим статусом за законодавством Німеччини. Підприємства мають необмежений доступ до нової дослідницької інфраструктури центру. В результаті Єврокомісія встановила, що державне фінансування не є допомогою, оскільки воно лише сприятиме виконанню некомерційної діяльності Fraunhofer Gesellschaft's і будь-яке можливе фінансування потенційної комерційної діяльності виключене. Цікавим моментом є те, що Комісія не пов'язувала початкові державні інвестиції для будівництва інфраструктури з будь-яким майбутнім комерційним використанням, хоча часткове комерційне використання здавалось цілком ймовірним, враховуючи розташування центру, технологічні можливості та доступність до промисловості. Більше того, значна частина коштів Fraunhofer Gesellschaft походить від заробітку на контрактних дослідженнях, тобто є комерційною діяльністю. На підставі рішення Комісії у цьому випадку були розроблені такі сукупні умови для попередження державної допомоги в державних інвестиціях у науково-дослідні інфраструктури:

– дослідницька інфраструктура повинна мати статус дослідницької організації у розумінні R&D&I Framework (і тому переслідує некомерційні цілі);

– фінансування державних інвестицій виділяється виключно на основу некомерційну діяльність інфраструктури як дослідницьку організацію. Це означає, що обладнання, будівлі тощо, які не є необхідними для первинної діяльності та переважно працюють з комерційною діяльністю, не повинні фінансуватися з державних ресурсів;

– інфраструктура здійснює комерційну діяльність на ринкових умовах. Отже, перевага, надана за рахунок державного фінансування, не передається користувачам інфраструктури;

– весь дохід від комерційної діяльності реінвестується в первинну діяльність. Це гарантує, що інфраструктура постійно відповідає визначенню «дослідницька організація»;

– державна допомога на комерційну діяльність інфраструктури може надаватися тільки як виняток.

Вищезазначений критерій додатково свідчить про те, що основні цілі інфраструктури мають бути некомерційними. Це також означає, що така державна допомога повинна бути сумісною з правилами державної допомоги та, за необхідності, повідомлятися до Комісії для її надання [4, с. 531].

Висновки. Резюмуючи вищенаведене, аргументовано, що визначення переліку об'єктів інфраструктури або їх характерних особливостей та ознак не є доцільним з огляду на стрімкий розвиток нових технологій, економіки, що у свою чергу сприяє розробці нових об'єктів інфраструктури. Єдиним та визначальним критерієм є можливість використання інфраструктури для комерційної діяльності, який дає змогу визначити, чи повинні правила державної допомоги застосовуватися в цьому випадку.

Відзначено, що правила державної допомоги застосовуються тільки якщо інфраструктура передбачає

виробництво товарів або провадження окремих видів господарської діяльності, тобто використовується з комерційною метою, а інвестування відбувається без проведення конкурентної процедури відбору оператора/користувача об'єкта інфраструктури. Некомерційна інфраструктура, тобто та, яка є доступною для суспільства на безоплатній основі, не підпадає під дію правил державної допомоги.

В іншому разі інвестування в об'єкти інфраструктури може підпадати під сферу дії Закону у разі, якщо не було дотримано *конкурентну процедуру відбору оператора/користувача об'єкта інфраструктури*.

Водночас конкурентна процедура має відповідати всім ознакам, що встановлені пунктами 90–94 Повідомлення Єврокомісії, а саме:

– відкрита для всіх потенційних зацікавлених учасників торгів;

– достатньо добре рекламована (інформація має висвітлюватися у такий спосіб, щоб вона могла привабити всіх потенційних учасників);

– прозора, з точки зору отримання належної інформації, на кожному етапі процедури торгів, наданої учасникам, що гарантує доступність інформації, надання учасникам достатньої кількості часу, а також чіткість критеріїв відбору та присудження контракту;

– недискримінаційна, що гарантує рівність усіх учасників тендера, однакові критерії відбору всіх учасників тендера;

– безумовна, яка гарантує, що учасники торгів не підпадають під незвичні зобов'язання, які не можуть виконати всі інші потенційні учасники торгів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Угода про Асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони від 27 червня 2014 р. *Офіційний вісник України*. 2014. № 75. Ст. 2125.
2. J. Rapp, T. Kleiner. Infrastructure Funding: the New Frontier in the Application of State Aid Rules. 2013. *P.P.L.R.* 1-14 p.
3. Kekelelis, Recent developments in infrastructure funding: When does it not constitute State aid? *European State Aid Law Quarterly*. 2011, Vol. 3, P. 433-444.
4. Bernhard von Wendland. Public funding for research infrastructures and EU state aid rules – key issues, case examples and state aid reform. *European State Aid Law Quarterly*. 2013. Vol 12, Issue 3. P. 523 – 542.
5. Nicolaidis P. Pricing of Access to Publicly-Funded Research Infrastructure and State Aid Rules. *European State Aid Law Quarterly*. 2016, Vol. 15, No. 1, P. 9-15.
6. Петруненко Я.В. Поняття державної підтримки суб'єктів господарювання як засобу забезпечення ефективного використання бюджетних коштів. *Підприємництво, господарство і право*. 2018, С. 110-115.
7. Зятіна Д.В. Державна підтримка суб'єктів господарювання в сучасних умовах: практика АМКУ та проблемні питання. *Міжнародна науково-практична конференція: «Правове життя сучасної України»*, 2019. С. 663-665.
8. Про державну допомогу суб'єктам господарювання: Закон України від 1 липня 2014 р. № 2749. *Відомості Верховної Ради України*. 2014. № 34. Ст. 1173.
9. Про доступ до об'єктів будівництва, транспорту, електроенергетики з метою розвитку телекомунікаційних мереж: Закон України від 7 лютого 2017 № 1834-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2017. № 11. Стор. 10. Стаття 101.
10. Про морські порти: Закон України від 17.05.2012 № 4709-VI. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 7. Стор. 407, Стаття 65.
11. Про наукову і науково-технічну діяльність: Закон України від 26.11.2015 № 848-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 2016. № 3. Стор. 5. Стаття 25.
12. Communication from the Commission Guidelines on State aid for environmental protection and energy 2014-2020 (2014/C 200/01). *Official Journal of the European Union*. 2014. C 200/1-55.
13. Communication from the Commission Framework for State aid for research and development and innovation (2014/C 198/01). *Official Journal of the European Union*. 2014. C 198/1-26.
14. Quigley C. *European State Aid Law and Policy*. Third Edition. Hart Publishing. Oxford, 2015. 888 p.
15. Commission Notice on the notion of State aid pursuant to Article 107(1) TFEU: Communication from the Commission. Brussels. 2014. 50 p.

ОРГАНІЗАЦІЯ ПРОДАЖУ МАЙНА БАНКРУТА НА АУКЦІОНІ В ЛІКВІДАЦІЙНІЙ ПРОЦЕДУРІ БАНКРУТСТВА

ORGANIZATION OF THE SALE OF PROPERTY AT AUCTION IN LIQUIDATION BANKRUPTCY PROCEEDINGS

Тюріна Ю.Є., адвокат

Адвокатське об'єднання «Правовий центр XXI ст.»

На підставі проведеного дослідження конкретизовано дії ліквідатора щодо організації продажу майна банкрута на аукціоні в ліквідаційній процедурі банкрутства.

Акцентовано на відсутності в чинному законодавстві вимог щодо строку проведення ліквідатором інвентаризації майна банкрута в процедурі ліквідації та залучення суб'єктів професійної оціночної діяльності з метою оцінки такого майна. Зазначено, що продаж майна за найвищою вартістю має забезпечити конкуренція покупців на аукціоні в електронній торговій системі.

Наголошується на наявності ускладнень реалізації заходів щодо охорони майна банкрута. Охарактеризовано правила отримання згоди комітету кредиторів на продаж майна банкрута на аукціоні.

За результатами аналізу правил розміщення лоту та оголошення про проведення аукціону встановлено, що на операторів авторизованого електронного майданчика не покладається обов'язок здійснення контролю за змістом лотів на предмет повноти та достовірності інформації, дотримання строків щодо їх розміщення на майданчику.

Виокремлено етапи організації продажу майна боржника на аукціоні в процесі банкрутства: 1) проведення ліквідатором інвентаризації майна та визначення його початкової вартості; 2) отримання ліквідатором майна боржника, що підлягає продажу та забезпечення його збереження; 3) визначення умов продажу майна ліквідатором та погодження цих умов із комітетом кредиторів та забезпеченими кредиторами або судом; 4) укладання з оператором авторизованого електронного майданчика договору про організацію проведення аукціону; 5) розміщення лоту та оголошення про проведення аукціону з продажу майна банкрута; 6) реєстрація учасників аукціону.

Доопрацьовано правові положення щодо організації продажу майна банкрута на аукціоні в ліквідаційній процедурі банкрутства з обґрунтуванням: 1) уточнення правил узгодження ліквідатором із комітетом кредиторів або забезпечених кредиторів складу майна, що підлягає продажу, та умов його продажу; 2) закріплення обов'язку оператора авторизованого електронного майданчика перевіряти відповідність вимогам законодавства переліку інформації, яка вказана в оголошенні про проведення аукціону та достовірність даних про контактні дані ліквідатора.

Ключові слова: продаж, майно, банкрут, банкрутство, ліквідатор, ліквідаційна процедура, аукціон, електронний майданчик.

On the basis of the conducted research the actions of the liquidator concerning the organization of sale of property of the bankrupt at auction in liquidation procedure of bankruptcy are specified.

Emphasis is placed on the absence in the current legislation of requirements for the term of the liquidator's inventory of the bankrupt's property in the procedure of liquidation and involvement of the subjects of professional appraisal activity for the appraisal of such property. It is noted that the sale of property at the highest value should ensure the competition of buyers at auction in the electronic trading system.

It is emphasized that there are complications in the implementation of measures to protect the property of the bankrupt. The rules for obtaining the consent of the creditors' committee for the sale of the bankrupt's property at auction are described.

Based on the analysis of the lot placement rules and the auction announcement, it is established that the operators of the authorized electronic platform are not obliged to control the content of lots for completeness and accuracy of information, compliance with deadlines for their placement on the site.

The following stages of the organization of sale of property of the debtor at auction in the course of bankruptcy are allocated: 1) carrying out by the liquidator of inventory of property and definition of its initial cost; 2) receipt by the liquidator of the debtor's property subject to sale and ensuring its preservation; 3) determination of the conditions of sale of property by the liquidator and coordination of these conditions with the creditors' committee and secured creditors or the court; 4) concluding an agreement with the operator of the authorized electronic platform on the organization of the auction; 5) placement of a lot and announcement of an auction for the sale of bankrupt property; 6) registration of auction participants.

The legal provisions on the organization of the sale of the bankrupt's property at auction in the liquidation bankruptcy procedure have been finalized with justification: 1) clarification of the rules of coordination by the liquidator with the committee of creditors or secured creditors of the property to be sold and conditions of its sale; 2) stipulation of the obligation of the operator of the authorized electronic platform to check compliance with the requirements of the legislation of the list of information specified in the announcement of the auction and the accuracy of the contact details of the liquidator.

Key words: sale, property, bankruptcy, liquidator, liquidation procedure, auction, electronic platform.

Продаж майна банкрута на аукціоні за найбільшою вартістю забезпечує як погашення вимог кредиторів у максимальному розмірі, так і покращення інвестиційної привабливості України загалом, сприяє зміні підходу банківських установ до кредитування суб'єктів підприємницької діяльності. Потрібно погодитися з І. Беззуб, який наголошує на важливості процедури неплатоспроможності для залучення інвесторів в економіку країни, оскільки істотний вплив на прийняття рішення про започаткування бізнесу або вкладення власних коштів у бізнес, який вже є, дає впевненість у поверненні цих коштів у разі невдачі [1].

Запорукою проведення прозорих, ефективних та справедливих торгів із продажу майна банкрута на аукціоні в процесі банкрутства є їх належна організація. Незважаючи на прагнення законодавця забезпечити максимальну автоматизацію такого процесу, чималою залишається роль ліквідатора в організації підготовки до аукціону. Право-

застосовна практика, яка певною мірою вже сформована за час проведення таких аукціонів, свідчить про виникнення певних питань, зокрема: питання щодо порядку отримання згоди комітету кредиторів на продаж майна, визначення переліку документів, які розміщуються на електронному майданчику під час формування лота, тощо.

Кодексом України з процедур банкрутства (далі – КзПБ), що набрав чинності 21 жовтня 2019 року, запроваджено кардинально нові правила продажу майна боржника на аукціоні [2]. Істотну роль у правовому забезпеченні цього процесу відіграють Порядок організації та проведення аукціонів із продажу майна боржників у справах про банкрутство (неплатоспроможність), затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 02.10.2019 р. № 865 (далі – Порядок) [3], та Регламент роботи електронної торгової системи Prozorro «Продажі щодо організації та проведення аукціонів з продажу майна боржників

у справах про банкрутство», затверджений наказом ДП «Прозорро.Продажі» від 18.10.2019 р. № 39 (далі – Регламент) [4]. Водночас окремі положення окреслених актів вимагають уточнення. Так, вимагають уточнення правила забезпечення збереження майна боржника, яке підлягає продажу на аукціоні, положення щодо порядку розміщення лоту та оголошення про проведення аукціону тощо.

Проблематику продажу майна банкрута в рамках провадження у справах про банкрутство окреслювали у своїх працях І.А. Бутирський, Ю.В. Кабенюк, В.А. Малига, Б.М. Поляков, Д.М. Притика, В.В. Радзивілок, О.В. Титова та інші. Однак теоретичні аспекти продажу майна на аукціоні в процедурі банкрутства після оновлення законодавства не досліджувалися.

Вищевикладеним зумовлені актуальність і доцільність дослідження за темою наукового дослідження.

Метою дослідження є конкретизація дій щодо організації продажу майна банкрута на аукціоні в ліквідаційній процедурі банкрутства та обґрунтування пропозиції з удосконалення їх регулювання.

Впровадження продажу майна банкрута на електронних торгових майданчиках має значно збільшити рівень ефективності процедури банкрутства, адже практично повністю мінімізує можливість спотворення процесу продажу активів боржника. Водночас результативність такого продажу визначається повною підготовки до них.

З моменту винесення судом ухвали про визнання боржника банкрутом і відкриття ліквідаційної процедури на ліквідатора покладається обов'язок організувати та здійснити продаж майна боржника. Найбільш поширеним є продаж майна боржника на аукціоні.

Аналіз чинного законодавства дає змогу виділити дії ліквідатора в рамках організації продажу майна банкрута на аукціоні в ліквідаційній процедурі банкрутства.

Так, першочергово для продажу майна в рамках ліквідаційної процедури ліквідатор зобов'язаний провести інвентаризацію майна та визначити його початкову вартість (ч. 1 ст. 63 КзПБ).

КзПБ не закріплює строк проведення інвентаризації майна банкрута в процедурі ліквідації. При цьому строк проведення інвентаризації майна в процедурі розпорядження майном становить 2 місяці і, як свідчить правозастосовна практика, є занадто малими за наявності в боржника майна в різних регіонах України. У процедурі ж ліквідації ліквідатор обмежений виключно загальними строками проведення ліквідаційної процедури. Вважаємо такий підхід законодавця конструктивним, адже хоча в такий спосіб ліквідатору і надана певна свобода, вона не є безмежною та дає змогу планувати свої дії з урахуванням кількості наявного в банкрута майна, його стану та місцезнаходження.

Згідно з положеннями абз. 2 ч. 1 ст. 63 КзПБ, початковою вартістю продажу майна банкрута є його вартість, визначена ліквідатором. Отже, законодавство не закріплює обов'язкову вимогу щодо визначення початкової вартості майна банкрута, що виставляється на аукціон, відповідно до Закону України «Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні» [5] та інших нормативно-правових актів.

У науковій літературі висловлюються пропозиції щодо уточнення законодавства в цій частині. Зокрема, В.П. Козирева та О.О. Бойко пропонують задля реалізації майна боржника за найвищою ціною покласти на ліквідатора обов'язок здійснювати оцінку майна банкрута на основі аналізу фінансового ринку [6, с. 17]. Про необхідність врахування ринкової ціни майна банкрута стверджують і І.Л. Грабчук та О.О. Зеленіна [7, с. 21]. Погоджуючись із науковцями, варто зазначити, що продаж майна за найвищою вартістю має забезпечити конкуренція покупців на аукціоні в електронній торговій системі. Втім залучення суб'єктів оціночної діяльності до про-

ведення оцінки майна боржника тягне додаткові витрати з фонду арбітражного керуючого, пов'язані з виконанням ним повноважень у справі, резерви якого зазвичай є обмеженими. Втім законодавство не забороняє оцінки майна банкрута в такий спосіб за рішенням комітету кредиторів.

Після проведення інвентаризації майна банкрута, що підлягає продажу, ліквідатор зобов'язаний прийняти таке майно у своє відання та забезпечити його збереження. В.С. Куліба слушно наголошує на можливості ефективно продати тільки те майно, яке гарно зберігається [8, с. 165]. З огляду на реалії сьогодення наслідки незабезпечення зберігання майна боржника проілюстрував О. Качук, наголосивши на великій ймовірності випадків, коли «при бажанні певних осіб, високорентабельне майно легко перетвориться на нікому не потрібний шматок металу (як приклад – якщо вилучити з професійної друкарської машини Heidelberg кілька або навіть одну з електронних плат управління), і буде реалізовано за відповідною його стану ціною» [9].

Поряд із цим змушені констатувати про наявність ускладнень реалізації заходів щодо охорони майна банкрута. Особливо гострою у правозастосовній практиці є охорона ліквідатором нерухомого майна, яке знаходиться не за місцем його роботи або проживання. Найчастіше це зумовлено відсутністю належного фінансування витрат, які пов'язані з процедурою банкрутства, адже зберігання зазвичай є платним і вимагає оплати послуг охоронних компаній, забезпечення належного температурного режиму в приміщенні та ін.

Сформувавши майнову масу, яка підлягає продажу на аукціоні, з огляду на положення ч. 1 ст. 63 КзПБ, ліквідатор зобов'язаний отримати згоду комітету кредиторів на продаж майна банкрута на аукціоні. Порядок отримання такої згоди на законодавчому рівні не визначений. Аналіз документації, яка розміщена в лотах аукціонів в електронному майданчику торгової системи «Prozorro.Продажі» ЦБД2, свідчить про отримання такої згоди як шляхом оформлення комітетом кредиторів окремо відповідного рішення в письмовій формі, так і одночасно з узгодженням комітетом кредиторів умов продажу на засіданні, що відображається у відповідному протоколі. Допускаємо, що результатом формування такої практики є згадка про необхідність погодження умов продажу у ст. 63 КзПБ.

Задля мінімізації ризиків оскарження дії ліквідатора в частині отримання згоди комітету кредиторів у певний спосіб, а також забезпечення чіткості законодавства вважаємо доцільним в абз. 1 ч. 1 ст. 63 КзПБ відмовитися від закріплення умов здійснення ним продажу майна боржника. При цьому фактично надання такої згоди комітетом кредиторів відбувається в процесі визначення умов продажу в порядку ст. 75 КзПП.

Наступною дією ліквідатора в порядку організації продажу майна банкрута в ліквідаційній процедурі банкрутства є *визначення умов продажу майна арбітражним керуючим та погодження цих умов із комітетом кредиторів та забезпечення умов кредиторами або судом*.

Відповідно до ч. 2 ст. 75 КзПБ, до обов'язкових умов продажу належать склад майна (лот), його початкова ціна та крок аукціону. Зміст ст. 75 КзПБ щодо порядку такого погодження заслуговує на підтримку, адже містить правило про обов'язковість завчасної відправки всім кредиторам умов продажу, визначає повноваження кредиторів за результатами розгляду таких умов та наслідки реалізації кожного з них. Зокрема, якщо комітет кредиторів або забезпечені кредитори прийняли рішення про відмову в наданні згоди на продаж майна та ліквідатор не згоден із таким рішенням, або якщо не прийняли жодного рішення, арбітражний керуючий зобов'язаний звернутися до суду задля визначення умов аукціону судом.

Важливим моментом у процесі організації продажу майна банкрута є визначення оператора авторизованого

електронного майданчика та укладання із ним договору про організацію проведення аукціону. Рішення про обрання такого оператора приймається ліквідатором самостійно. Нині система «Прозорро.Продажі» об'єднує 40 таких майданчиків, які працюють за однаковими правилами, є акредитованими учасниками системи та надають аналогічні послуги [10].

Підписання ліквідатором договору про організацію проведення аукціону надає йому доступ до участі на аукціонах шляхом розміщення відповідних лотів, виступаючи замовником аукціону. Отже, наступною складовою частиною організації продажу майна банкрута на аукціоні є розміщення лоту та оголошення про проведення аукціону. Відповідно до п. 11 Порядку, «замовник аукціону, після укладання з оператором електронного майданчика договору про організацію проведення аукціонів, через свій особистий кабінет вносить до електронної торгової системи інформацію про продаж майна та формує лот шляхом опублікування оголошення про проведення аукціону відповідно до вимог Порядку» [3]. При цьому у ст. 70 КЗПБ обмежено строк реалізації ліквідатором таких дій до 20 днів із дня отримання згоди на продаж майна або визначення умов аукціону судом.

Варто зазначити, що у ч.ч. 5–8 ст. 77 КЗПБ, п. 46–56 Порядку, детально прописано перелік інформації щодо різного виду майна, який обов'язково має бути відображений при характеристиці майна у лоті. Втім, незважаючи на наявність окреслених положень, які мають позитивно вплинути на результати продажу майна, доводиться констатувати їх недостатність з огляду на наступне. Так, відповідно до п. 43 Порядку, відповідальність за достовірність інформації, яка вказана в оголошенні про проведення аукціону, та її відповідність документації несе замовник аукціону. Отже, оператори авторизованого електронного майданчика жодним чином не контролюють зміст лотів ні на предмет повноти, ні на предмет достовірності розміщеної інформації, дотримання строків щодо їх розміщення на майданчику тощо. Вважаємо, що саме це є наслідком виникнення ситуацій, які вже мають місце у процесі продажу майна в рамках виконавчого провадження. Наприклад, у справі № 442/93/19 було розглянуто позовні вимоги покупця на електронному аукціоні про визнання недійсними торгів на аукціоні із тих підстав, що після купівлі цього лоту виявилось, що «фотографії лоту і опис лоту не відповідає дійсності. Земельна ділянка виявилась в іншому місці і не відповідала тому опису, що було розміщено на сайті лоту» [11]. Поряд із цим власний аналіз лотів на сайтах операторів авторизованих електронних майданчиків свідчить про наявні порушення щодо повноти розміщення інформації про майно, що виставляється на продаж. Наприклад, в оголошенні про продаж майна банкрута по судовій справі № 922/2822/19, у лоті UA-PS-2021-03-05-000079-1 [12] не розміщено документ, який підтверджує надання комітетом кредиторів згоди на

продаж майна та його умови, що є обов'язковим відповідно до п. 46 Положення.

Втім, відповідно до п. 39 Порядку, розмір винагороди оператора авторизованого електронного майданчика становить від 2 до 5% залежно від ціни продажу лота [3]. Зважаючи на коло обов'язків оператора в рамках кожного аукціону, цілком справедливим видається покладення на нього обов'язку перевіряти відповідність повноти розміщеної у лоті інформації та достовірності інформації про контактні дані ліквідатора (телефонний номер, електронну пошту тощо). Втім відповідальність за достовірність такої інформації має нести ліквідатор.

Останньою та важливою складовою частиною організації продажу майна боржника на аукціоні є реєстрація його учасників.

Відповідно до п. 59 Порядку та п. 17 Регламенту, для участі в аукціоні через електронні торги особа має пройти реєстрацію на участь в аукціоні через електронний майданчик і сплачує гарантійний внесок на рахунок оператора.

Варто зазначити прогресивність законодавчих змін щодо порушеного питання, адже реєстрація учасника аукціону здійснюється автоматично після підтвердження оператором сплати ним суми гарантійного внеску (п. 63 Порядку). У такий спосіб виключається вплив людського фактора на процес допуску учасника до торгів, що значно збільшує прозорість процедури продажу майна банкрута.

Після реалізації всіх вищезазначених дій починається безпосереднє проведення аукціону.

Таким чином, організація продажу майна боржника на аукціоні в процесі банкрутства передбачає реалізацію арбітражним керуючим таких дій: 1) проведення інвентаризації майна та визначення його початкової вартості; 2) прийняття арбітражним керуючим у своє відання майна боржника, що підлягає продажу, та забезпечення його збереження; 3) визначення умов продажу майна ліквідатором та погодження цих умов із комітетом кредиторів та забезпеченими кредиторами або судом; 4) укладання договору про організацію проведення аукціону з оператором авторизованого електронного майданчика; 5) розміщення лоту та оголошення про проведення аукціону; 6) реєстрація учасників аукціону.

З метою мінімізації випадків визнання недійсними аукціонів із продажу майна банкрута пропонується запровадити обов'язок ліквідатора отримувати згоду комітету кредиторів або забезпечених кредиторів на продаж майна одночасно з погодженням із ними умов продажу та покласти на оператора авторизованого електронного майданчика обов'язок перевіряти повноту інформації, яка вказана в оголошенні про проведення аукціону, та достовірність інформації про контактні дані ліквідатора.

Для реалізації запропонованих пропозицій необхідно внести зміни у ст.ст. 63, 75 КЗПБ та п. 43 Порядку.

Дослідження особливостей забезпечення охорони майна банкрута, що підлягає продажу на аукціоні, має стати напрямом подальших наукових досліджень.

ЛІТЕРАТУРА

1. Беззуб І. Кодекс України з процедур банкрутства: переваги, недоліки та перспективи. *Громадська думка про правотворення*. 2019. № 17 (182). С. 16–24. URL: <http://nbuviar.gov.ua/images/dumka/2019/17.pdf>.
2. Кодекс України з процедур банкрутства : Закон України від 18.10.2018 р. № 2597-VIII. Дата оновлення: 16.09.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2597-19> (дата звернення: 14.03.2021).
3. Питання функціонування електронної торгової системи з продажу майна боржників у справах про банкрутство (неплатоспроможність) : Постанова Кабінету Міністрів України; Порядок від 02.10.2019 р. № 865 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/865-2019-p#n12> (дата звернення: 24.03.2021).
4. Про затвердження Регламенту роботи електронної торгової системи Prozorro.Продажі щодо організації та проведення аукціонів з продажу майна боржників у справах про банкрутство : наказ ДП «Прозорро.Продажі» від 18.10.2019 р. № 39. URL: <https://www.dto.com.ua/info/rules> (дата звернення: 24.03.2021).
5. Про оцінку майна, майнових прав та професійну оціночну діяльність в Україні : Закон України від 12.07.2001 р. № 2658-III. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 47. Ст. 251.
6. Козирева В.П., Бойко О.О. Реформування інституту продажу майна боржника у справі про банкрутство. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2019. № 4. С. 136–142.
7. Грабчук І.Л., Зелена О.О. Оцінка та продаж майна банкрута в процедурі ліквідації: обліково-правовий аспект. *Вісник Житомирського державного технологічного університету. Серія : Економічні науки*. 2014. № 2. С. 20–25.

8. Кулібаба В.С. Арбітражний керуючий за новою редакцією закону «Про відновлення платоспроможності боржника або визнання його банкрутом». *Часопис цивілістики*. 2013. № 15. С. 165–170.
9. Ткачук О. Проблематика продажу заставного майна в рамках процедури банкрутства боржника або як не отримати 1% від реальної вартості об'єкта. URL: <https://lawyers.com.ua/problematika-prodazhu-zastavnogo-majna-v-ramkah-protseduri-bankrutstva-borzhnika-abo-yak-ne-otrimati-1-vid-realnoi-varnosti-obyekta>.
10. Перелік попередньо авторизованих електронних майданчиків всіх напрямків ЕТС «ProZorro.Продажі» ЦБД2, а також напрямків банкрутства та малої приватизації. URL: <https://prozorro.sale/info/elektronni-majdanchiki-ets-prozorroprodazhi-cbd2> (дата звернення: 24.03.2021).
11. Рішення 19 квітня 2019 року Дрогобицького міськрайонного суду Львівської області від 19 квітня 2019 р., судова справа № 442/93/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81449518> (дата звернення: 24.03.2021).
12. Аукціон з реалізації майна банкрута, лот UA-PS-2021-03-05-000079-1. URL: <https://sale.uub.com.ua/auction/UA-PS-2021-03-05-000079-1/> (дата звернення: 24.03.2021).

ДОТРИМАННЯ ГАРАНТІЙ НЕПОРУШНОСТІ ПРАВА ВЛАСНОСТІ В МЕХАНІЗМІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРОЦЕДУРИ СКВІЗ-АУТУ

GUARANTEES OF NON-INFRINGEMENT OF OWNERSHIP RIGHTS IN THE MECHANISM OF IMPLEMENTATION OF THE SQUEEZE-OUT PROCEDURE

Швидка Т.І., д.ю.н., доцент, адвокат,
асистент кафедри господарського права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Логвиненко С.С., студентка V курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню однієї з актуальних проблем у системі управління акціонерними товариствами – відповідності механізму реалізації процедури сквіз-ауту в Україні гарантіям непорушності права власності. У статті окреслено різні підходи науковців та правників до оцінки необхідності та доцільності впровадження такої процедури в правову систему України. Авторами зроблені висновки про позитивні аспекти впливу процедури сквіз-ауту на спрощення процесу управління акціонерним товариством.

Авторами було проаналізовано положення національного законодавства, що визначають нормативне регулювання процедури сквіз-ауту в Україні, та здійснено їх порівняння з нормами Директиви 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу щодо пропозицій про поглинання в рамках виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом.

На підставі аналізу практики Європейського суду з прав людини у статті було виокремлено загальні критерії, дотримання яких зумовлює правомірність реалізації процедури сквіз-ауту, зокрема, зроблено акцент на дотриманні принципу пропорційності під час визначення справедливої ціни викупу акцій.

У статті проаналізовано ухвалу Великої Палати Верховного Суду у справі про визнання правочинів щодо зобов'язання продати прості акції за публічною безвідкличною вимогою недійсними. Окреслено три основні аргументи, покладені в основу мотивувальної частини рішення. По-перше, конкретна легітимна мета мажоритарного учасника – позбавлення міноритарних акціонерів права власності на належні їм акції. По-друге, надання справедливої та обґрунтованої компенсації. По-третє, належні гарантії захисту прав міноритарних учасників під час здійснення процедури сквіз-ауту.

Зроблені висновки про необхідність законодавчих змін у процедурі визначення справедливої ціни викупу акцій. Проаналізовано положення проекту нової редакції Закону «Про акціонерні товариства» та запропонований законотворцями спосіб визначення ціни викупу акцій. Акцентовано увагу на необхідності забезпечення гарантій захисту прав міноритарних акціонерів у рамках самої процедури сквіз-ауту, зокрема, шляхом розширення повноважень Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку.

Ключові слова: сквіз-аут, акціонерне товариство, обов'язковий продаж акцій, гарантії права власності, справедлива ціна.

The topic of the article is devoted to the study of the compliance of the mechanism of implementation of the squeeze-out procedure in Ukraine with the guarantees of inviolability of property rights. The article outlines different approaches of scholars to assess the need for such a procedure in the legal system of Ukraine and draws conclusions about the positive aspects of its impact on simplifying management of the company.

The authors analyzed the provisions of national legislation governing the regulation of squeeze-out in Ukraine and compared them with the provisions of the Directive 2004/25/EU of the European Parliament and of the Council on takeover bids.

Based on analysis of the case law of the European Court of Human Rights, the article highlighted the general criteria, compliance with which determines the legitimacy of the squeeze-out procedure, in particular, emphasized the principle of proportionality in determining the fair price of share repurchase.

The article analyzes the decision of the Grand Chamber of the Supreme Court in the case of recognizing transactions concerning the obligation to sell ordinary shares on a public irrevocable demand as invalid. Three main arguments underlying the motivating part of the decision are outlined. First, the specific legitimate aim of the majority participant is to deprive minority shareholders of ownership of their shares. Second, the provision of fair and reasonable compensation. Third, there are adequate safeguards to protect the rights of minority participants during the squeeze-out procedure.

Conclusions are made on the need for legislative changes in the procedure for determining the fair price of share repurchase. Provisions of the draft of the new version of the Law "On Joint Stock Companies" are analyzed and the method proposed by the legislators to determine the redemption price of shares.

Emphasis is placed on the need to ensure Guarantees to protect rights of minority shareholders in the framework of the squeeze-out procedure, in particular, by expanding the powers of the National Commission on Securities and Stock Market.

Key words: squeeze-out, joint-stock company, obligatory sale of shares, guarantees of ownership, fair price.

Постановка проблеми. Процедура сквіз-ауту була запроваджена в національне законодавство Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо підвищення рівня корпоративного управління в акціонерних товариствах» від 23.03.2017 № 1983-VIII. Цей Закон був спрямований на імплементацію Директиви 2004/25/ЄС Європейського Парламенту та Ради щодо пропозицій про поглинання (далі – Директива) в рамках виконання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом. Більшість громадян України, зокрема найменш захищені версти населення, як правило, володіють дрібними пакетами акцій та не мають можливості повноцінно користуватись правами, які за ними закріплені. Це зумовлює організаційні, інформаційні та фінансові складнощі в корпоративному управлінні акціонерним товариством. Запровадження процедури сквіз-

ауту дозволяє вирішити зазначені проблеми. Однак відносна новизна цієї процедури для правової системи України викликає низку труднощів під час її безпосередньої реалізації, зокрема щодо дотримання гарантій непорушності права власності міноритарних акціонерів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню процедури "squeeze-out" приділено багато уваги у роботах таких науковців, як А.В. Бенько, А.Ю. Бурчак, Ю.М. Жорнокуй, О.В. Кологойда, Л.Д. Руденко, В.В. Стафійчук та інших. Однак, незважаючи на це, нерозв'язаними залишилися питання щодо забезпечення належних гарантій захисту прав міноритарних учасників під час реалізації процедури з примусового викупу належних їм акцій.

Метою цієї статті є дослідження можливих шляхів удосконалення механізму реалізації процедури сквіз-ауту в кон-

тексті дотримання гарантій непорушності права власності міноритарних акціонерів.

Виклад основного матеріалу. З моменту запровадження у 2017 році процедури обов'язкового викупу акцій на вимогу особи, яка є власником домінуючого контрольного пакета у розмірі 95%, усього 365 акціонерних товариств пройшли через цю процедуру [1].

З огляду на те, що процедура сквіз-ауту є досить новим явищем у правовій системі України наразі відсутнє її належне нормативне врегулювання. Національне законодавство не містить терміна «сквіз-аут», натомість ст. 65-2 Закону України «Про АТ» містить положення про обов'язковий продаж акцій акціонерами на вимогу особи (осіб, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій [2], що за своєю суттю і є визначенням процедури сквіз-ауту.

Особа (особи, що діють спільно), яка внаслідок придбання акцій товариства з урахуванням кількості акцій, які належать їй та її афілійованим особам, стала (прямо або опосередковано) власником домінуючого контрольного пакета акцій протягом наступного робочого дня з дня набуття нею права власності на такий пакет акцій, зобов'язана подати до Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку і до товариства повідомлення про набуття права власності на домінуючий контрольний пакет акцій (далі – повідомлення) [2].

Така процедура має і зворотний механізм, коли право заявити вимогу про викуп має вже міноритарний акціонер, а саме стаття 65-3 Закону України «Про АТ» у першій своїй частині містить такі положення: «Кожний акціонер акціонерного товариства – власник простих акцій товариства, щодо яких не встановлено обмеження (обтяження), після розміщення у загальнодоступній інформаційній базі даних Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку про ринок цінних паперів або через особу, яка провадить діяльність з оприлюднення регульованої інформації від імені учасників фондового ринку, інформації про набуття особою (особами, що діють спільно) права власності на домінуючий контрольний пакет акцій має право вимагати здійснення обов'язкового придбання належних їй акцій, щодо яких не встановлено обмеження (обтяження), особою (особами, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій. У такому разі особа (особи, що діють спільно), яка є власником домінуючого контрольного пакета акцій, зобов'язана придбати належні акціонерам акції у порядку, визначеному цією статтею» [2]. Така процедура отримала назву «селл-аут».

Можливість примусового викупу акцій викликає дискусію як серед практиків, так і серед теоретиків. І для цього є підстави, оскільки позбавлення права власності зачіпає основні права та свободи людини: встановлюється право мажоритарного акціонера в односторонньому позасудовому порядку позбавити міноритарного акціонера належних йому акцій, а також передбачається формальна позасудова процедура позбавлення міноритарного акціонера належних йому акцій без будь-якого врахування його інтересів і без ефективного судового контролю [3, с. 31]. Говорячи про переваги процедури сквіз-ауту, Л.Д. Руденко зазначає, що вона: 1) дає змогу мажоритарному акціонеру викупити акції міноритарних акціонерів задля можливості стати єдиним власником товариства з метою спрощення процедури прийняття поточних рішень та порядку ведення господарської діяльності загалом; 2) може бути корисною і для міноритаріїв, адже в ідеалі передбачає викуп акцій за справедливою ціною [4, с. 166]. О.В. Бігняк наполягає на тому, що процедура squeeze-out, по-перше, має на меті захист інтересів міноритарного акціонера, якому як компенсація пропонується викуп акцій за справедливою ціною, по-друге, вона спрямована на запобігання рейдерському захвату, втягуванню акціонерного товариства у судові спори, наслідком чого є блокування управління товариством і завдання збитків [5, с. 47]. Натомість О.В. Кологойда, В.В. Стафійчук вважають, що вітчизняна модель правового регулювання процедури примусового продажу акцій

(squeeze-out) на підставі публічної вимоги власника домінуючого контрольного пакета акцій заснована на британській (європейській) моделі регулювання публічної пропозиції, підлягає доопрацюванню з метою забезпечення гарантій прав міноритаріїв [6, с. 128]. С.В. Антонов, зокрема, звертає увагу на недотримання самих вимог євродиректив та вихід за рамки їх рекомендацій у разі запровадження процедури “squeeze-out” (сквіз-аут) в Україні у сфері приватного права [7].

Аналізуючи визначення сквіз-ауту в національному праві, слід вказати, що законодавець вибрав більш широкий підхід, ніж той, що викладений у стандартах Директиви ЄС, охопивши цією процедурою всі акціонерні товариства, а не лише ті, акції яких обертаються на регульованому ринку цінних паперів. Натомість поріг для застосування процедури сквіз-ауту було вибрано вищим, ніж 90 відсотків, що визначається мінімальним у Директиві [8].

Також окремі питання викликає відповідність деяких законодавчих положень процедури сквіз-ауту вимогам щодо юридичної визначеності та завершеності механізмів правового регулювання. У статті 65⁵ зазначено, що статутом приватного акціонерного товариства у разі його створення, а також рішенням загальних зборів акціонерів приватного акціонерного товариства про внесення змін до статуту товариства, прийнятим більш як 95 відсотками голосів акціонерів від їх загальної кількості, може бути передбачено, що вимоги статей 65-2 і 65-3 цього Закону не поширюються на таке товариство або поширюються з винятками або особливостями, що мають бути визначені статутом товариства [2]. Таке надання права акціонерному товариству самостійно вирішувати питання про умови та порядок застосування норм закону, зокрема, щодо гарантій прав міноритаріїв, може розглядатися як порушення принципу рівності захисту прав усіх суб'єктів права власності.

Однак наріжним каменем полемічного дискурсу навколо процедури сквіз-ауту є саме її відповідність засадам непорушності права власності, що визначені у п. 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод та ст. 41 Конституції України. В цьому питанні доречним буде звернення до практики Європейського суду з прав людини.

У справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» (1986 р.) Суд вказав, що позбавлення права власності на майно, здійснене лише з метою надання особистої вигоди приватній стороні, не може бути таким, що відповідає «суспільним інтересам». Однак примусове передання права власності на майно від однієї особи до іншої може залежати від обставин становити законний засіб забезпечення суспільних інтересів. У цьому зв'язку навіть на підставі тих текстів чинних конституцій, законів та прецедентних рішень Договірних держав, у яких використані словосполучення, адекватні значенню «в інтересах суспільства», не можна побачити жодного загального принципу, який би виправдовував розуміння поняття суспільних інтересів як таке, що виключає примусове передання права власності від однієї до іншої приватної сторони. Зокрема, справедливість системи права, яка регулює право договорів чи майнові права приватних сторін, становить суспільно значуще питання, і тому законодавчі заходи, спрямовані на забезпечення такої справедливості, можуть відповідати «інтересам суспільства», навіть якщо вони передбачають примусове передання права власності на майно від однієї особи до іншої (п. 40, 41) [9].

Справа «Брамелід та Малмстрьом проти Швеції» (1982 р.) стосувалася права міноритарних акціонерів відомого у Стокгольмі супермаркету. Заявники стверджували, що положення нового Закону про компанії 1977 року порушували їхнє право власності, оскільки передбачали обов'язок віддати належні їм акції акціонерам, які володіли контрольним пакетом акцій, за ціною меншою, ніж ринкова. Суд зазначив, що держава може бути притягнута до відповідальності за збитки, викликані такими рішеннями, лише якщо рішення суду не відповідають національному законодавству або якщо вони є непра-

вильними внаслідок свавілля або явної необґрунтованості, що суперечить статті 1 Протоколу № 1, або якщо особа була свавільно та несправедливо позбавлена власності на користь іншої особи [10]. Отже, з огляду на правову позицію ЄСПЛ процедура сквіз-ауту набуває неправомірного характеру тоді, коли позбавлення права власності відбувається без виплати належної компенсації.

Повертаючись до правових реалій України, слід зазначити, що 12 липня 2019 року 47 народних депутатів України вже зверталися із конституційним поданням до Конституційного Суду України із проханням перевірити та визнати неконституційними деякі положення законодавства України щодо примусового викупу у міноритарних акціонерів акцій акціонерного товариства [11]. Однак Конституційний Суд України відмовив у відкритті провадження з формальних підстав.

Ухвалою Великої Палати Верховного Суду від 13 серпня 2019 року була прийнята до розгляду справа № 908/137/18, в якій позивачі – міноритарні акціонери вважали, що процедура сквіз-ауту, передбачена статтею 65-2 Закону «Про АТ», є неправомірною, порушує Конституцію та Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод. Зокрема, позов було мотивовано тим, що введений статтею 65-2 Закону України «Про акціонерні товариства» механізм сквіз-ауту є дискримінаційним стосовно міноритарних акціонерів (особливо для працівників корпоративних підприємств, що набули акції в процесі їх приватизації) і не відповідає конституційним засадам, а саме щодо дії в Україні принципу верховенства права, відповідно до якого Конституція України має вищу юридичну силу, а закони та інші нормативно-правові акти приймаються на основі Конституції України і повинні відповідати їй [12].

Саме ця справа стала показовою у розгляді питання правомірності механізму реалізації процедури сквіз-ауту в національному законодавстві. Суди нижчих інстанцій відмовили у визнанні правочинів щодо зобов'язання продати прості акції за публічною безвідкличною вимогою недійсними, мотивуючи своє рішення тим, що процедура сквіз-ауту не порушує право власності міноритарних акціонерів та принцип законності в розумінні статті 1 Першого протоколу до Конвенції: підстави, порядок та умови примусового відчуження акцій визначені законом; встановлено обов'язок попереднього та повного відшкодування вартості акцій. Проте Велика Палата Верховного Суду Постановою від 24 листопада 2020 року № 908/137/18 частково задовільнила касаційну скаргу та скасувала рішення судів першої та апеляційної інстанцій, направивши справу на новий розгляд до Господарського суду міста Києва.

Можна окреслити три основні аргументи, покладені в основу мотивувальної частини рішення Великої Палати, щодо правомірності реалізації процедури сквіз-ауту. По-перше, забезпечення можливості примусового викупу акцій може відповідати інтересам суспільства. Проте ця процедура, як і будь-який інший спосіб примусового відчуження об'єктів права власності, має застосовуватись у виключних випадках задля досягнення легітимної мети та з дотриманням балансу інтересів усіх акціонерів, у тому числі щодо виплати власником домінуючого контрольного пакета акцій компенсації міноритарним акціонерам у розмірі справедливої вартості належних їм акцій [13]. Таким чином, процедура сквіз-ауту не може мати за своєю суттю масового характеру. У кожному конкретному випадку мажоритарний учасник повинен мати легітимну мету позбавлення міноритарних акціонерів права власності на належні їм акції. Крім того, така мета не може обмежуватись загальною потребою у спрошенні корпоративного управління акціонерним товариством. Однак за відсутності у законі чітких положень щодо підстав для обґрунтування легітимності мети та об'єктивної складності у їх нормативному передбаченні є ризик зіштовхнутися зі зловживанням своїми правами обох сторін процедури через надмірну суб'єктивність зазначеного критерію. Тому головним питанням в оцінці правомірності процедури є дотримання

принципу пропорційності, а саме гарантування міноритарним учасникам справедливої компенсації.

У постанові Великої Палати зазначено, що критерій пропорційності вимагає співрозмірного обмеження прав і свобод людини для досягнення публічних цілей. Дотримання вказаного критерію передбачає, що втручання у право власності, навіть якщо воно здійснюється згідно з національним законодавством і в інтересах суспільства, все одно буде розглядатися як порушення статті 1 Першого протоколу до Конвенції, якщо не було дотримано розумного балансу між втручанням у право особи та інтересами суспільства. Одним із важливих елементів дотримання критерію пропорційності у разі втручання в право на мирне володіння майном є надання справедливої та обґрунтованої компенсації [13].

Нині відповідно до частини п'ятої статті 65-2 Закону України «Про акціонерні товариства» ціною обов'язкового продажу акцій визначається найбільша з таких: 1) найвища ціна акції, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, що діють спільно з ним, придбавали акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття домінуючого контрольного пакета акцій включно з датою набуття; 2) найвища ціна, за якою заявник вимоги, його афілійовані особи або треті особи, що діють спільно з ним, опосередковано набули право власності на акції цього товариства протягом 12 місяців, що передують даті набуття такою особою домінуючого контрольного пакета акцій товариства включно з датою набуття, за умови, що вартість акцій товариства, які прямо або опосередковано належать такій юридичній особі, за даними її останньої річної фінансової звітності, становить не менше 90 відсотків загальної вартості активів такої юридичної особи; 3) ринкова вартість акцій товариства, що визначена суб'єктом оціночної діяльності відповідно до статті 8 цього Закону станом на останній робочий день, що передує дню набуття заявником вимоги домінуючого пакета акцій товариства [2]. Слід зазначити, що превалюючим способом визначення ціни акцій є саме визначена суб'єктом оціночної діяльності ринкова вартість акцій товариства. Однак в умовах відсутності належного нормативного регулювання цієї процедури така ціна досить часто не відповідає критерію справедливості.

Кроком на шляху до вирішення недоліків такого способу є проєкт нової редакції Закону «Про АТ» (законопроект № 2493), який нині прийнятий Верховною Радою України у першому читанні. Автори законопроекту оригінально підійшли до вирішення проблеми справедливої ціни та пропонують розглядати сквіз-аут як один з випадків безвихідної (спірної) ситуації (deadlock) між учасниками (акціонерами) компанії. Як механізм виходу з такої ситуації було вибрано так званий метод Техаської перестрілки (Texas Shoot-Out), запозичений із системи англійського права.

Власне, «Техаська перестрілка» має декілька модифікацій. У своєму класичному вигляді цей метод полягає у тому, що після його ініціювання одним з учасників усі учасники повинні запропонувати свою ціну за частки інших учасників шляхом подання запечатаних пропозицій. Пропозиції передаються третій особі (арбітру), який розпечатує їх та визначає учасника, котрий запропонував найбільшу ціну. Учасник, який запропонував найбільшу ціну, зобов'язаний викупити частки всіх інших учасників за запропонованою ним ціною. Інша інтерпретація «Техаської перестрілки» полягає в тому, що сторона А пропонує стороні Б придбати у неї всі її акції за визначеною ціною. Сторона Б може погодитись на цю пропозицію або ж зробити зустрічну про придбання у сторони А її частки за ціною, вищою на визначений відсоток від стартової. Таке ж право далі переходить до сторони А. Цей процес пропозицій та контрпропозицій може тривати декілька раундів, щоразу з підвищенням ставок, поки одна зі сторін не погодиться на пропозицію [14]. Такий варіант фактично і був реалізований у проєкті нової редакції Закону. Стаття 92 Проєкту передбачає, що протягом 5 робочих днів з дати направлення повідомлення акціонер зобов'язаний подати товариству кон-

куруючу вимогу щодо обов'язкового продажу іншими акціонерами акцій на його вимогу (далі – конкуруюча вимога). Така вимога не може бути відкликана. Ціна обов'язкового продажу акцій, передбачена конкуруючою вимогою, має бути щонайменше на 5 відсотків більшою за ціну публічної безвідкличної вимоги, визначеної відповідно до статті 91 цього Закону [15].

Велика Палата Верховного Суду зазначає, що запровадження державою спеціальної процедури з примусового відчуження акцій на користь приватних осіб у будь-якому разі має супроводжуватися встановленням гарантій захисту прав особи, яка позбавляється майна, і такі гарантії мають бути передбачені саме у цій процедурі. Втім зазначених гарантій для міноритарного акціонера законодавче регулювання спірних правовідносин не містить, а можливість міноритарного акціонера захистити свої права в загальному порядку, визначеному нормами ЦК України, у спосіб пред'явлення вимоги про стягнення з особи, на користь якої відбулося примусове відчуження акцій, грошових коштів у розмірі різниці між визначеною ціною у публічній безвідкличній вимозі та справедливою ціною таких акцій або ж у спосіб визнання недійсним зазначеного правочину, не може вважатися достатньою гарантією захисту прав цього учасника, адже за таких обставин обов'язок доказування справедливої ціни викупу акцій буде здійснюватися вже після фактичної втрати слабшою в цих відносинах стороною права власності та супроводжуватись необхідністю понесення останньою значних витрат на проведення оцінки майна товариства, сплату судового збору, витрат на професійну правничу допомогу тощо [13].

Розглянемо можливі варіанти таких гарантій на прикладі законодавства Німеччини. Закон про акціонерні компанії (пар. 327а–327f) передбачає право контролюючого акціонера (не менш 95% акцій) на скликання загальних зборів для прийняття рішення про примусовий викуп акцій міноритарних акціонерів за справедливую компенсацію (“Corporate squeeze-out”). Також передбачено превентивні засоби дотримання прав міноритарних акціонерів: 1) письмова доповідь мажоритарного акціонера та її затвердження загальними зборами товариства; 2) перевірка співрозмірності та достатності гро-

шової компенсації призначеним судом аудитором; 3) реєстрація рішення загальних зборів у торговельному реєстрі, з моменту якого процедура squeeze-out набуває чинності [16, с. 9].

Так, для вдосконалення процедури сквіз-ауту в національному законодавстві доречним буде внесення змін до повноважень Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку у частині надання можливостей проводити рецензії звіту суб'єкта оціночної діяльності та приймати скарги міноритарних учасників у разі відсутності дотримання критеріїв співрозмірності та достатності.

Висновки. Процедура сквіз-ауту в багатьох країнах світу є ефективним засобом захисту прав великих інвесторів і популярним тактичним прийомом, що дозволяє ефективно регулювати процес корпоративного управління в господарських організаціях, інструментарієм, який дозволяє досягти балансу інтересів учасників. Положення чинного Закону України «Про АТ» не містять належної регламентації механізму реалізації процедури сквіз-ауту. Зокрема, це стосується порядку визначення ціни викупу акцій, що забезпечував би найбільш сприятливі умови для реалізації інтересів міноритарних учасників та тим самим сприяв дотриманню принципу пропорційності. Одним з кроків на шляху подолання цієї проблеми став проєкт нової редакції Закону «Про АТ» (законопроект № 2493), який нині прийнятий ВРУ у першому читанні. Важливим питанням є забезпечення гарантій прав міноритарних учасників у рамках самої процедури сквіз-ауту. Як один з можливих варіантів вирішення цього питання є розширення повноважень Національної комісії з цінних паперів та фондового ринку. З огляду на це можна зробити висновок, що, хоча метою запровадження процедури сквіз-ауту є забезпечення балансу інтересів як мажоритарних, так і міноритарних акціонерів, а також консолідація акцій у домінуючого акціонера, що призводить до стабільного функціонування акціонерного товариства, нині наявні численні недоліки у механізмі її реалізації, що потребують подальшого дослідження та внесення на їх основі відповідних змін до національного законодавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Squeeze-out: копії публічних безвідкличних вимог. *Фондовий вісник Національного депозитарію України*. URL: https://www.csd.ua/index.php?option=com_easytable&view=easytable&id=48&Itemid=342&lang=ua (дата звернення: 20.04.2021).
2. Про акціонерні товариства : Закон України від 17.09.2008 р. № 514-VI. Дата оновлення: 16.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/514-17> (дата звернення: 15.04.2021).
3. Жорнокуй Ю.М. Викуп акцій мажоритарним акціонером: за та проти. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 6. С. 30–34. URL: <http://dspace.univd.edu.ua/xmlui/handle/123456789/2304> (дата звернення: 15.04.2021).
4. Руденко Л.Д., Бенько А.В. Процедура “squeeze-out” в Україні: порівняльно-правовий аналіз та проблематика реалізації. *Порівняльно-аналітичне право – електронне наукове фахове видання юридичного факультету ДВНЗ «Ужгородський національний університет»*. 2019. № 5. С. 164–167.
5. Бігняк О.В. Напрями вдосконалення корпоративного управління в аспекті захисту корпоративних прав учасників корпоративних відносин. *Часопис цивілістики*. 2017. № 22. С. 46–50.
6. Кологойда О., Стафійчук В. Процедура примусового продажу акцій (squeeze-out): законодавство та практика правозастосування. *Право України*. 2018. № 6. С. 111–131.
7. Антонов С. Регулювали, регулювали та не врегулювали. *Юридична газета*. 2018. 9 жовтня. № 41 (643). С. 18.
8. Директива 2004/25/ЄС Європейського парламенту та Ради Європейського Союзу «Про пропозиції публічного поглинання» від 21 квітня 2004 року. URL: <https://www.google.com/url?sa=t&rc=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKewjftzIqMhAhVEI4sKHWITAfCQFjADegQIBhAC&url=https%3A%2F%2Fwww.pard.ua%2Fdownload.php%3Fdownloadid%3D1086&usg=AOvVaw0yh9YSaKstro0LioY864dN> (дата звернення: 12.04.2021).
9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Джеймс та інші проти Сполученого Королівства» від 21 лютого 1986 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_180 (дата звернення: 12.04.2021).
10. Посібник за статтею 1 Протоколу № 1 – Захист власності. / Переклад українською: Олександр Дроздов, Вероніка Плотнікова, Олена Дроздова, Олександр Вінський, Юлія Ісаєва. 2019. 75 с. URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2019/07/Guide_Art_1_Protocol_1_UKR_-2019.pdf (дата звернення: 20.12.2020).
11. Конституційне подання 47 народних депутатів України/3/4549(19) від 12.07.2019. URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/3_4549.pdf (дата звернення: 20.01.2021).
12. Постанова Північного апеляційного господарського суду № 908/137/18 від 19.12.2018. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78980906> (дата звернення: 15.04.2021).
13. Постанова Великої палати Верховного Суду № 908/137/18 від 24.11.2020. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93217988> (дата звернення: 15.04.2021).
14. Ігонін В.О., Шматов А. Сквіз-аут, що вистояв у судах. *Юридична газета*. URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/skvizaut-shcho-vistoyav-u-sudah.html> (дата звернення: 15.04.2021).
15. Проєкт Закону про акціонерні товариства № 2493 від 25.11.2019. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=67468&pf35401=511131> (дата звернення: 15.04.2021).
16. Атаманова Ю.С. Впровадження squeeze-out в Україні: стан справ. URL: https://lcf.ua/content/uploads/2018/07/LCF_SQUEEZE-OUT_REPORT-June-2018.pdf (дата звернення: 15.04.2021).

РОЗДІЛ 5

ТРУДОВЕ ПРАВО; ПРАВО СОЦІАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ

УДК 314.1

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/77>

ОСНОВНІ ТЕНДЕНЦІЇ МІГРАЦІЙНИХ ПРОЦЕСІВ КРАЇН ЄВРОПИ

LATEST TRENDS OF MIGRATION PROCESSES IN EUROPE

Денисюк П.Д., к.ю.н.,

доцент кафедри спеціальних юридичних дисциплін

Національний університет водного господарства та природокористування

У статті проаналізовано основні підходи щодо сутності понять «міграція» та «міграційна політика», розглянуто ці поняття як явище суспільно-політичного життя країн. Досліджено основні тенденції міграційних процесів, політики та характеру дій європейських держав у сфері міграції. Розглянуто проблеми поширення міграційних процесів за умов глобалізації, роль держави, що стимулює або обмежує міграційні процеси, реалізуючи міграційну політику, керуючись певними політичними, демографічними та економічними інтересами, тенденціями та обставинами.

Також у роботі досліджено чотири історичні періоди розвитку міжнародної міграції. Перший період – період меркантилізму, за якого мігранти з Європи прямували до Америки, Африки, Азії. Другий період – індустріальний, за якого такі країни Європи, як Італія, Австро-Угорщина, Німеччина, Іспанія та Британські острови, стали країнами еміграції. Третій період – період обмеженої міграції, який був пов'язаний із такими історичними подіями, як Перша світова війна, Велика депресія та Друга світова війна. В цей період було обмеження руху товарів, капіталу і робочої сили, майже вся міжнародна міграція була припинена, а якщо і мала місце як така, то це були мігранти, біженці та шукачі притулку. Четвертий період – період постіндустріальної міграції.

Визначено основні етапи глобалізації, які відбулися на території європейських держав, досліджено позитивні та негативні наслідки міграційних процесів для європейських країн внаслідок провадження державних міграційних політик.

Проаналізовано міграційні процеси сучасності і визначено, що ЄС провадить політику залучення трудових мігрантів з інших територій.

Ключові слова: міграція, міграційна політика, глобалізація, міграційні процеси, міжнародна трудова міграція.

This article analyzes the main approaches to the essence of the concept of "migration" and "migration policy", considers these concepts as a phenomenon of socio-political life of countries. The basic tendencies of migration processes, policies and nature of actions of European states in the sphere of migration are investigated. The problems of migration propagation in the conditions of globalization, the role of the state that stimulates or restricts migration processes, implementing migration policy, taking into account certain political, demographic and economic interests, tendencies and circumstances are considered.

The article also examines four historical periods of international migration. The first was the period of mercantilism, during which migrants from Europe left for America, Africa and Asia. Second one was – industrial period, during which European countries such as Italy, Austro-Hungarian Empire, Germany, Spain and the British Isles became countries of emigration. Third one was – a period of limited migration which took place along with such historical events as the First World War, the Great Depression and the Second World War. During this period, there was a restriction on the movement of goods, capital and labor, almost all international migration was stopped, only took place migration regarding refugees and asylum seekers. And fourth period – period of post-industrial migration.

The main stages of globalization that took place in the territory of European states are identified, the positive and negative consequences of migration processes that European countries have received as a result of the implementation of national migration policies have been investigated.

Also was analyzed the current migration process and it was determined that the European Union pursues a policy of attracting migrant workers from other territories.

Key words: migration, migration policy, globalization, migration processes, international labor migration.

Постановка проблеми. На початку третього тисячоліття глобалізація й інтеграція посилили міграційні процеси і спричинили вплив на економічну та політичну ситуації в багатьох країнах. Міжнародна міграція населення поставила перед державами комплекс важливих проблем, що вимагають детального аналізу.

Найбільш значним в аналізі політичної стабільності у світі є питання політичної значущості міграційних процесів. Провідною тенденцією, що визначає динаміку та характер міграційних процесів, є тенденція глобалізації, під впливом якої відбувається поступове розмивання взаємозв'язків, які традиційно пов'язували громадянство та національні кордони [1, с. 186].

Активізація міграційних процесів вимагає здійснення аналізу глобальних змін у міграційній та демографічній ситуації.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблема трудової міграції нині є надзвичайно актуальною, а отже, потребує дослідження для того, щоб оптимально її вирішити. Процесами розвитку глобалізації займалися такі вчені, як Н.С. Новоженова, Н.Д. Квардія, В.М. Ніколасвський, Н.С. Прохоренко, В.Л. Іноземцев, С.К. Хіжний та інші.

Метою статті є дослідження особливостей міграційних процесів країн Європи, причин та сучасного стану міграційної політики, основних напрямів та сфер її регулювання.

Виклад основного матеріалу дослідження. Протягом багатьох десятиліть дослідженням міграції займалися в основному економісти, соціологи та демографи, тоді як політичне вивчення міграційних процесів та їх вплив на структуру і політику сучасних держав залишалися в тіні. По суті ж міграція населення є однією з важливих складових частин усе більш складної системи внутрішньо-державних і міждержавних відносин. У світлі загостреної глобальної конкуренції, транснаціоналізації політичного та економічного простору вона впливає на характер і сутність політичних процесів, на політичну систему будь-якої сучасної держави. Тому із середини 80-х років ХХ століття політико-державна складова частина процесів міграції стала предметом вивчення вчених-політологів і правознавців.

Уперше поняття «міграція» вводить у науковий вжиток у кінці ХІХ століття англійський учений Е. Ревенштейн (1834–1913) у роботі «Закони міграції». Автор роз-

глядає міграцію як безперервний процес, зумовлений взаємодією чотирьох основних груп чинників, що діють у початковому місці проживання мігранта, на стадії його переміщення, у місці в'їзду, а також чинників особистого характеру [2, с. 36]. Дослідник одним із перших виокремив базові закономірності розвитку транскордонних переміщень, які згодом названі законами міграції.

Згідно з юридичною енциклопедією, «міграція – переселення, переміщення населення: всередині країни – внутрішня міграція населення, з однієї країни до іншої – зовнішня міграція населення» [3].

У виданні Міжнародної організації з міграції «Migration for development: Within and Beyond Frontiers» розповідається, що міграція є процесом переміщення населення з однієї країни до іншої або внутрішнього переміщення; міграція передбачає будь-яке пересування населення незалежно від його терміну, складу та причин; міграція включає пересування біженців, переміщених осіб, виселених людей та економічних мігрантів.

Міграція – це процес пересування або через міжнародний кордон, або всередині країни, охоплює вона будь-який тип переміщення людей, незалежно від причин [1].

Міграційні рухи є реакцією населення на зміни, які відбуваються в політичному, соціальному та в економічному житті будь-якого суспільства. Поява, поширення та обсяг таких явищ свідчать про стабільність або, навпаки, нестабільність політичного та економічного розвитку в державі.

Для того, щоби глибоко проаналізувати міграційні процеси, необхідно звернути увагу на чинники та зміни, що відбулися у світовій економіці, під впливом яких формувалися міжнародні міграційні тенденції. В.І. Іноземцев відзначає, що міграції населення відбувалися упродовж усієї історії людства, і виділяє два типи міграційних процесів [4]:

1) міграція населення як наслідок розвинутих соціальних систем;

2) міграція населення як наслідок еволюції кочових племен і народностей, соціальні системи яких були не досить розвинутими.

Упродовж століть позиції першого типу міграції були незмінними і поширеними протягом багатьох років. Натомість позиції другого ставали дедалі меншими із соціальним розвитком країни.

У XVII – XVIII столітті деякі країни Європи навмисно проводили політику закликати іммігрантів у свої країни.

Д. Массей виділяє чотири історичні періоди в розвитку міжнародної міграції [5, с. 1]:

1) період меркантилізму (приблизно з 1500 р. до 1800 р.), коли мігранти прямували із країн Європи до Америки, Африки, Азії. Д. Массей відзначає, що точну кількість мігрантів у той період підрахувати неможливо, але можна сказати, що їх потоки були досить значними;

2) індустріальний період (із початку XIX ст. до 20-х рр. XX ст.). Країни Європи із переважаючим фактором виробництва були переважно країнами еміграції, найбільша кількість мігрантів покинули Британські острови, Італію, Австро-Угорщину, Німеччину, Іспанію [5, с. 36]. Д. Массей вважає, що «масова міграція зіграла важливу роль у соціальній, економічній і демографічній трансформації Європи». Факторами впливу на міжнародну міграцію були структурна трансформація європейських країн по мірі їх індустріалізації і включення в торговельні відносини, а також велика різниця у рівні доходів на душу населення між країнами Європи і Нового Світу [5, с. 2]. Мобільності населення сприяли низькі тарифи, відкритість кордонів для товарів і капіталу, ліберальна міграційна політика приймаючих країн. У цей період найбільша кількість мігрантів залишила Британські острови, Італію, Австро-Угорщину, Німеччину, Іспанію [5, с. 2–36];

3) період обмеженої міграції (упродовж 20–40-х рр. XX ст.) був пов'язаний з Першою світовою війною, Вели-

кою депресією і Другою світовою війною [5, с. 3]. Двадцять років XX століття супроводжувалися авторитарними настроями як у Європі, так і в Америці, що мало прояв у формі обмеження руху товарів, капіталу і робочої сили. У 30-х роках майже вся міжнародна міграція була припинена, окрім невеликої частки зворотної. У 40-х роках міграція майже не була пов'язана з пошуками економічної вигоди, переважну частку мігрантів становили біженці та шукачі притулку;

4) період постіндустріальної міграції (з середини 1960-х рр.) Д. Массей пов'язує із трансформацією міграції у глобальне явище, коли кількість і різноманітність країн походження і приймаючих країн різко збільшилася [5, с. 4–5]. Естафета домінуючих країн походження мігрантів була перехоплена країнами Третього Світу, що розвивалися. Основні потоки мігрантів прямували з індустріальних до постіндустріальних суспільств.

Протягом XIX – початку XX ст. причиною масштабної міграції є розвиток першої хвилі глобалізації, що припала на цей період. Вона розпочалася у 1870-х роках і тривала до Першої світової війни. Близько шістдесят відсотків емігрантів прямували з країн Європи до США.

З 1914 року простежується зменшення швидкості глобалізації. Насамперед у результаті високої інфляції, нестабільності політичного та економічного життя країни. У результаті уряд США ввів жорстокіші заходи політики у сфері міграції, намагаючись зменшити обсяги мігрантів з Європи.

Друга хвиля глобалізації тривала з 1950 по 1980 р. і характеризується переселенням мігрантів із менш розвинутих країн (таких як Афганістан, Пакистан, Індія, В'єтнам, Марокко, Єгипет, Туреччина тощо) у більш розвинуті країни Заходу і Сходу (такі як країни Західної Європи США, Канада, Японія та інші). Практично всі мігранти були низькокваліфікованими працівниками, які тимчасово працювали в країнах приймаючих.

Під час другої і початку третьої хвилі глобалізації політику залучення мігрантів почали впроваджувати такі європейські країни, як Німеччина, Франція, Данія та Бельгія. У цей період відбулося різке збільшення кількості мігрантів у світі: у 1970 р. їх налічувалося 82 млн осіб, у 1980 р. – вже 99 млн, а за наступні 10 років кількість міжнародних мігрантів зросла на 56 млн осіб.

Окремо слід зупинитися на ролі міграційних процесів у формуванні трудових ресурсів у країнах Європи. Е.К. Хіжний [6, с. 69–71] окреслює чотири етапи міграції, які відбувалися на Європейському континенті в контексті історичного розвитку і які вплинули на європейські ринки праці. Перший етап масової імміграції до країн Західної Європи автор пов'язує із завершенням Другої світової війни і, відповідно, з політичною ситуацією у світі загалом і в цих країнах зокрема. Основними мігрантами були біженці і вимушені переселенці. Серед основних причин другої хвилі масової міграції (1960–1973 рр.) на Європейському континенті Е.К. Хіжний відзначає економічну причину: збільшення попиту на імпортну робочу силу в основному низької кваліфікації.

З другої половини XX ст. ситуація з міграцією в Європі різко змінилася: бурхливий розвиток економік європейських країн (Великої Британії, Франції, Німеччини, Данії, Бельгії, Швейцарії, Люксембурга, Нідерландів і країн Північної Європи) вимагав великої кількості працівників, але цей попит не міг бути вдоволений на національному рівні, це спричинило залучення робочої сили з Іспанії, Португалії, Італії, Греції, Югославії, Туреччини, Північної Африки. Таким чином, з середини XX ст. західноєвропейські країни перетворилися у приймаючі, і основним напрямком переміщення населення в Європі став потік із Півдня на Північ.

Третій етап масової міграції (середина 1970-х – кінець 1980-х рр.) у країнах Західної Європи Е.К. Хіжний, як

і інші автори, пов'язує з декількома причинами. По-перше, це початок енергетичної кризи у 1973 р. По-друге, це зниження попиту на робочу силу внаслідок зниження витрат живої праці, що було пов'язане з інтенсивним шляхом розвитку економіки [6, с. 70]. У таких умовах уряди західно-європейських країн різко скоротили залучення робочої сили з інших країн і колоній, знову посиливши контроль над міграційною політикою і зробивши спробу повернути на батьківщину мігрантів, які перебували на їхній території.

Четвертий етап міграції на Європейському континенті, який розпочався з 1990-х років, на думку Е.К. Хіжного [6, с. 71], був спричинений як економічними, так і політичними мотивами.

Мігранти частково або повністю задовольнили потреби виробництва одягу, доглядальництва, домашніх послуг, забезпечивши робочою силою низьковартісні галузі економіки. На цих роботах здебільшого працювали жінки-мігранти з країн, що тільки розвиваються, та з країн із перехідною економікою. Чоловіки-мігранти забезпечують потреби у працівниках у сфері будівництва тощо. Провідну роль у реконструкції Західної Європи у 1950–60-х роках відіграли саме іммігранти.

Також слід додати, що в період після Другої світової війни трудова міграція набула статусу одного з основних засобів вирішення демографічних проблем у сфері трудових ресурсів країн – членів ЄС. В останні десятиріччя мігранти допомагають заповнювати нестачу робочої сили у секторах ІТ, інженерії, туризму, викладання, охорони здоров'я, сільськогосподарства тощо. Ці галузі стали залежними від іммігрантів, і це не є тимчасовим явищем [7].

Із прийняттям Маастрихтської угоди у 1992 р. було створено спільний економічний і політичний простір західноєвропейських країн, що утворив внутрішню безвізову зону і буферну зону навколо. Було легалізовано мігрантів, що перебували в межах ЄС, збільшився приплив мігрантів із третіх країн, пересування в межах ЄС стало набагато простішим.

В останні роки значення висококваліфікованої робочої сили, яка здатна підвищувати продуктивність праці і позитивно впливати на конкурентоспроможність продукції, в економіці знань тільки зростає. Вклад висококваліфікованих працівників став невід'ємною частиною розвитку не тільки підприємств, але й економіки загалом; згідно з дослідженнями, в Німеччині один висококваліфікований програміст створює 2,5 нових робочих місць [7, с. 5].

У зв'язку з фінансово-економічною кризою 2007–2012 років варто визнати ще один етап міграції. Країни ЄС, прагнучи захистити національних працівників від безробіття, ввели додаткові обмеження для в'їзду нових мігрантів. Щодо проживаючих на території ЄС мігрантів із третіх країн уряди країн сподівалися, що криза спонукає їх повернутися у країни походження, навіть запропонувавши грошову компенсацію витрат на дорогу додому або грошові виплати (Іспанія, Чеська Республіка тощо). Але сподівання не виправдалися, і на батьківщину повернулося менше мігрантів, ніж очікувалось.

Останнім часом багато дослідників вважають, що кінець ХХ – початок ХХІ ст. є етапом безпрецедентних масштабів міжнародної міграції у зв'язку з їх зростанням. Нині на міграцію впливають економічні, політичні, соціальні, демографічні, історичні, екологічні та інші чинники. Суттєвий вплив на інтенсифікацію процесу міграції має глобалізація світогосподарських зв'язків, з її розвитком бар'єри в'їзду до країн знижуються, уможливаючи майже безперешкодний рух людей, що прагнуть знайти кращу роботу, жити у країні з вищим рівнем життя або уникнути проблем, що спіткають їх у власній країні.

Нині країни – учасники ЄС провадять політику залучення трудових мігрантів з інших територій. Цим самим члени ЄС вирішують питання щодо нестачі працівників на національному ринку та старіння нації, запроваджуючи

різні заходи внутрішньодержавної міграційної політики.

Під нестачею робочої сили маються на увазі певні дії з боку держави, спрямовані на регулювання і контроль над створенням необхідних умов для проживання осіб, що бажають знайти постійне або тимчасове місце роботи. Отже, міграційну політику слід розглядати як комплекс заходів, що ґрунтуються на соціально-економічних і демографічних потребах країни, які держава й суспільні інститути реалізують задля управління міграційними потоками, забезпечення належних умов для гармонійного співіснування громадян і мігрантів, сталого соціально-економічного розвитку [8].

Трудові міграції в сучасному контексті міжнародних процесів мають складні форми прояву та вимагають комплексного підходу щодо контролю й урегулювання. Більшість трудових мігрантів повертаються в країни походження або ж реемігрують в інші держави, що породжує нові проблеми соціально-економічного характеру як у країнах-донорах трудових мігрантів, так і в державах-реципієнтах. Це вимагає вжиття спільних заходів із боку країн-учасниць інтеграційного об'єднання та вироблення спільної політики від урядів країн ЄС, які б відповідали сучасній динамічній міграційній системі, що склалася в Європі та інших регіонах світу. Свобода пересування робочої сили становить основу європейської інтеграції. Політика ЄС щодо трудової міграції всередині співтовариства є одним із найбільш актуальних завдань сучасної спільної політико-законодавчої взаємодії цього інтеграційного утворення. Це привело до зміни традиційних соціально-політичних установок внутрішнього розвитку держав та упередженого ставлення західноєвропейського населення до певних країн-донорів трудових мігрантів як із внутрішньоєвропейського простору, так і поза ним. Проте загалом, ураховуючи потреби ринку праці в інтеграційному утворенні, міграційна політика ЄС характеризується лояльністю у ставленні до країн походження трудових мігрантів [9].

У сучасних умовах суспільно-політичного розвитку ЄС визнає необхідність у збільшенні кількості трудових мігрантів на його території й указує на необхідність проводити більш вибірково політику щодо допуску громадян третіх країн на національний ринок праці. Європейська комісія створила однакові можливості в законодавчій базі для трудових мігрантів, які не є громадянами ЄС [10]. Демографічні проблеми – один з основних аргументів Лісабонського договору, який створює більш сприятливі умови для трудових мігрантів у регіоні [11]. Зростання середньої тривалості життя на фоні низького рівня народжуваності в країнах Західної Європи приводить до зменшення кількості працездатного населення. Тому, за прогнозними даними, у перспективі ЄС матиме потребу в залученні висококваліфікованих фахівців за його межами, а демографічні проблеми старіння нації будуть постійно посилюватися [12].

Задля стабілізації міграційної політики в регіоні ЄС розробив стратегію «Європа–2020», що вказує на важливу роль трудових міграцій у досягненні високого рівня зайнятості та боротьби з бідністю, у реалізації основних ініціатив, спрямованих на створення нових робочих місць, яких потребує економіка ЄС [12]. Для досягнення цих цілей необхідний розвиток гнучкої міграційної політики з метою налагодження легальних каналів для прийому трудових мігрантів, які є висококваліфікованими фахівцями в необхідних сферах і секторах економіки регіону, а також потрібно активізувати зусилля щодо сприяння інтеграції значної кількості заробітчан, які вже проживають у ЄС.

Завершальною метою втілення цієї стратегії є підвищення рівня зайнятості у всіх сферах економіки, забезпечення економічної, соціальної та територіальної згуртованості і, як наслідок, розширення прав і можливостей людей на основі високого рівня зайнятості, інвестицій у профе-

сійні навички, боротьба з бідністю і модернізація ринку праці, професійної підготовки та соціального захисту, щоб допомогти людям передбачати і керувати змінами у сфері зайнятості, а також побудувати згуртоване суспільство.

Висновки. Досліджуючи тенденції сучасних міграційних процесів та політики, можна зробити висновок, що у зв'язку з розвитком економіки в одних країнах і еконо-

мічною нестабільністю в інших міграційні процеси тільки збільшуються. При цьому вони спрямовані у бік розвинених західних країн.

Натомість велика кількість країн Європи проводить політику залучення мігрантів задля забезпечення працівників на національному ринку та старіння нації, запроваджуючи різні заходи внутрішньодержавної міграційної політики.

ЛІТЕРАТУРА

1. Иноземцев В.Л. Иммиграция в современном мире: новая проблема нового столетия Социологические исследования. 2003. № 4. С. 64–72. URL: <http://demoscope.ru/weekly/2003/0121/analit01.php>. (дата звернення 12.03.21)
2. Николаевский В.М., Прохоренко Н.С. Теоретико-методологические основы изучения миграции населения *Вестник международного славянского университета*. 2009. Т. 12. № 1. С. 34–39.
3. Тихомирова Л., Тихомиров М. Юридическая энциклопедия М.: 1997. 516 с.
4. Massey D.S. Patterns and Processes of International Migration in the 21st Century. USA : University of Pennsylvania, 2003. 42 p.
5. Хижный Э.К. Роль иммиграции в формировании трудовых ресурсов стран Западной Европы в конце XX – начале XXI века. *Актуальные проблемы Европы. Западная Европа перед вызовом иммиграции*. Сб. науч. трудов / РАН ИНИОН; Центр науч.-информ. исследований глобальных и региональных проблем. Отд. Западной Европы и Америки ; редкол. : Т.С. Кондратьева, И. С. Новоженова (ред.-сост.) и др. М., 2005, Вып. 1. 220 с.
6. Guardia N.D. Labour Migration Patterns in Europe: Recent Trends, Future Challenges European Commission. Directorate General for *Economic and Financial Affairs*. 2006. № 256. 52 p.
7. Koslowski R. European Union Migration Regime. Oxford: Oxford Univ. press, 2007. 425 p.
8. Migration, Employment and Labour Market Integration Policies in the European Union URL: <http://labourmigration.eu/research>. (дата звернення 12.03.21)
9. Geddes A. The Politic of Migration and Immigration in Europe L., 2006. 346 p.
10. Новоженова И.С. Европа и третий мир: иммиграция и политика соцразвития. *Актуальные проблемы Европы* : сб. науч. тр. Рос. акад. наук ; ред. Т. Г. Падхалина [и др.]. М. 2007. № 3. С. 157–176.
11. Indicators of immigrant integration. A pilot study Labour market policy URL: http://epp.eurostat.ec.europa.eu/portal/page/portal/labour_market/labour_market_policy. (дата звернення 12.03.21)

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ОХОРОНИ ПРАЦІ ПРАЦІВНИКІВ ІТ-СФЕРИ

CURRENT PROBLEMS OF LEGAL REGULATION OF IT-WORKERS LABOR PROTECTION

Зайка Д.І., аспірант кафедри трудового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена проблемі необхідності реформування вітчизняної системи охорони праці та здійснення конструктивних змін у правовому регулюванні вказаного інституту, у тому числі для працівників ІТ-сфери. Мета зазначеної статті полягає в аналізі міжнародних стандартів з охорони праці та сучасного стану національного законодавства щодо правового регулювання цього інституту в Україні, порівнянні поняття «охорона праці», що міститься в нормах трудового права України, та поняття «безпека та гігієна праці», закріпленого в нормах європейського законодавства, розгляді професійних захворювань в Україні.

Для досягнення вказаної мети використано порівняльно-правовий метод, що дав можливість зіставити юридичні поняття «охорона праці» та «безпека та гігієна праці» і з'ясувати між ними подібності й відмінності; метод міждисциплінарного синтезу, що дозволив синтезувати дані про структурні властивості об'єктів різних дисциплін, а саме об'єктів дисципліни трудового права та дисципліни безпеки життєдіяльності, під час дослідження понять охорони праці, безпеки праці. У статті було також використано дані Міжнародної карти професійних захворювань, статистичні дані з наукових досліджень європейських учених С. Моргадо, Ф. Сільви та Л. Фонсека, політику європейських країн щодо професійного вигорання працівників, щоби проаналізувати його вплив на погіршення здоров'я працівників.

У процесі дослідження встановлено, що доцільно використовувати досвід європейських країн, у яких діагноз «професійне вигорання» належить до професійних захворювань; виявлено, що працівники ІТ-сфери – одна з найбільш вразливих категорій для професійного вигорання. Результати дослідження можуть бути використані для визнання важливості проблеми щодо працівників ІТ-сфери та подальшого внесення професійного вигорання до Переліку професійних захворювань, затверджених Кабінетом Міністрів України.

Ключові слова: працівник ІТ-сфери, охорона праці, безпека та гігієна праці, професійні захворювання, професійне вигорання, ІТ-сфера.

The article is devoted to the problem of the urgency to reform the domestic system of labour protection and the implementation of constructive changes in the legal regulation of this institution, in particular for IT workers. The purpose of this article is to analyze international labor protection standards and the current national legislation on legal regulation of labor protection in Ukraine; to compare the concept of "labour protection" contained in Labor law of Ukraine, with the concept of "safe and healthy working conditions" enshrined in norms of European legislation, to consider the occupational diseases in Ukraine.

This was achieved due to the comparative legal method because this method made it possible to compare the legal concepts of "labour protection" and "safe and healthy working conditions" and to clarify the similarities and differences between them; method of interdisciplinary synthesis, because this method allowed to synthesize data on the structural properties of objects of different disciplines, especially the objects of labor law discipline and life safety discipline in the study of labour protection, safe working conditions. The paper uses data on the International Map of Occupational Diseases, statistics from the research of European scientists L. Morgado, F. J. G. Silva, L.M. Fonseca, – the policy of European countries on burnout – to analyze the impact of occupational burnout to worsen the health of employees.

We have found that it is advisable to use the experience of European countries, where the diagnosis of "occupational burnout" belongs to occupational diseases, we have manifested that IT workers are one of the most vulnerable categories for occupational burnout. The results of the study can be used to recognize the importance of the problem of occupational burnout of IT workers and further inclusion of burnout in the List of occupational diseases approved by the Cabinet of Ministers of Ukraine.

Key words: IT workers, IT employees, IT sphere, labour protection, safe and healthy working conditions, occupational diseases, burnout, occupational burnout.

Останнім часом багато науковців звертають увагу на важливість проблем охорони праці, оскільки сучасна система охорони праці в Україні суттєво розбалансована. Законодавче регулювання вказаного інституту та суспільні інтереси часто віддають перевагу вдосконаленню системи засобів охорони праці на підприємстві, що виявляється малоефективним, недостатньо продуманим та йде всупереч європейському людиноцентричному підходу. З огляду на рекомендації Уряду забезпечити за технічної можливості роботу в режимі реального часу через Інтернет, дистанційну (надомну) роботу в умовах установа всьукраїнського карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів із метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19 [1], безумовно, роботодавцю важко забезпечити працівнику належні умови праці, приділивши увагу тільки вдосконаленню засобів охорони праці на підприємстві, зокрема в ІТ-сфері. Усе зазначене вище констатує необхідність відходити від пострадянського розуміння поняття «охорона праці» та вимагає конструктивних змін у правовому регулюванні вказаного інституту, в тому числі для працівників ІТ-сфери.

Аналізуючи сучасний стан національного законодавства щодо правового регулювання охорони праці

в Україні, звернемося до статті 43 Конституції України, відповідно до якої кожен має право на належні, безпечні і здорові умови праці [2]. Особливе значення в регулюванні інституту охорони праці має Закон України «Про охорону праці» від 14.10.1992 № 2694-ХІІ [8], Закон України «Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування» від 23.09.1999 № 1105-ХІV [9], дія яких поширюється на всіх роботодавців, незалежно від форми власності та виду діяльності. Крім того, «Основи законодавства України про охорону здоров'я» від 19.11.1992 № 2801-ХІІ передбачають, що кожна людина має природне невід'ємне і непорушне право на охорону здоров'я [10]. Згідно зі статтею 153 КЗпП України на всіх підприємствах, в установах, організаціях створюються здорові і безпечні умови праці [11].

Розглянемо загальнотеоретичний аспект, що є фундаментом для функціонування заходів, методів, способів охорони праці в ІТ-сфері. Йдеться про поняття «охорона праці»: порівняємо поняття «охорона праці», що міститься в нормах трудового права України, та поняття «безпека та гігієна праці», закріплене в нормах європейського законодавства, зважаючи на незворотність європейського та євроатлантичного курсу України, закріпленого в преамбулі Конституції України [2].

Як зазначав В.І. Прокопенко, «термін «охорона праці» вживається у двох значеннях: в широкому його розумінні та в більш вузькому, спеціальному розумінні. У широкому розумінні термін «охорона праці» включає усі гарантії для працівників, що передбачають норми трудового законодавства, наприклад норми, що забороняють власнику або уповноваженому ним органу звільняти працівників з роботи тоді, коли немає підстав, передбачених статтями 40, 41 Кодексу законів про працю України. Ці норми становлять надзвичайно важливу гарантію, спрямовану на охорону трудових прав працюючих. Проте термін «охорона праці» у чинному трудовому законодавстві вживається в більш вузькому значенні. Так, під охороною праці розуміється сукупність заходів щодо створення безпосередньо в процесі роботи нормальних і безпечних технічних і санітарно-гігієнічних умов для всіх працюючих [3].

Продовжуючи думку В.І. Прокопенка, О.Г. Серета вказує, що у вузькому юридичному тлумаченні термін «охорона праці» означає конкретний правовий інститут трудового права, який об'єднує норми, безпосередньо спрямовані на певне забезпечення умов праці, що є безпечними для життя і здоров'я працівників. Норми цього інституту покладають на роботодавця та його посадових осіб певний комплекс конкретних обов'язків, виконання яких повинно забезпечити безпеку праці, збереження здоров'я, працездатності та життя людини в процесі реалізації її здатності до праці, оздоровлення та покращення умов праці [4].

Узагальнюючи юридичну літературу, В. Жернаков зазначав, що А. Пашерстник, М. Александров, Я. Кисельов, А. Краснопольський, О. Абрамова, С. Голощапов під охороною праці розуміли сукупність усіх норм трудового права, тому що всі вони встановлені в інтересах працівників. На підтримку широкого поняття охорони праці виступав С. Іванов [5]. На його думку, у самій своїй суті трудове право у юридичному аспекті є правом охорони праці в широкому розумінні [6, с. 12–14]. І лише В. Семенков висловлювався проти розуміння охорони праці в широкому значенні [7, с. 173].

Однак правове регулювання інституту охорони праці не обмежується лише положеннями національного законодавства України. Більше того, на думку Ю. Івчук, приведення національного законодавства у сфері охорони праці у відповідність із міжнародними стандартами є пріоритетним завданням держави. Така діяльність не обмежується в часі, а повинна бути постійною і здійснюватися згідно з розвитком передових уявлень про зміст права працівника на професійну безпеку та охорону здоров'я [12, с. 55].

Приведення національного законодавства, що регламентує питання безпеки, охорони праці, у відповідність до міжнародних стандартів має здійснюватися у три етапи:

1) впровадження в національне законодавство загальних основоположних принципів і прав у сфері трудових відносин;

2) удосконалення самого інституту охорони праці шляхом приведення його змісту у відповідність до спеціальних норм міжнародного законодавства;

3) визначення особливостей охорони праці окремих категорій працівників згідно з вимогами міжнародних нормативно-правових актів [13, с. 157].

Відповідно до статті 23 Загальної декларації прав людини [14], кожна людина має право на справедливі та сприятливі умови праці. Крім того, згідно зі статтею 7 Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права (далі – Пакт) [15], до справедливих і сприятливих умов праці додаються, окрім справедливої винагороди, достатнього відпочинку, ще й умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни. Держава визнає право кожної людини на найвищий досяжний рівень фізичного і психічного здоров'я та вживає заходів, необхідних для здійснення цього права, зокрема поліпшення гігієни праці в промисловості, згідно зі статтею 12 Пакту.

Термін «умови роботи, що відповідають вимогам безпеки та гігієни», який вживається у Пакті, в оригіналі звучить як «safe and healthy working conditions», тобто «безпечні й здорові умови праці». У контексті відповідного перекладу постає проблема, чи поряд із безпекою праці найманому працівникові потрібно гарантувати ще й гігієну праці. На нашу думку, потрібно, адже здоров'я – це стан повного фізичного, душевного і соціального благополуччя, а не тільки відсутність хвороб і фізичних дефектів [5, с. 425].

2 листопада 2011 р. Україна ратифікувала Конвенцію МОП № 155 «Про безпеку й гігієну праці та виробниче середовище» 1981 р. [16], положення якої поширюються на всі галузі економічної діяльності, де використовується наймана праця. Крім того, Конвенція МОП № 161 «Про служби гігієни праці» 1985 р. ратифікована Україною 10 березня 2010 р. [17]. Під терміном «служба гігієни праці» вказана Конвенція розуміє службу, на яку покладено в основному профілактичні функції та відповідальність за консультування роботодавця, працівників та їхніх представників на підприємстві з питань вимог про створення й підтримання безпечного та здорового виробничого середовища, пристосування трудової діяльності до здібностей працівників з урахуванням стану їхнього фізичного й психічного здоров'я. Служба є незалежною як від роботодавця, так і від працівників та виконує в більшій частині консультативно-дорадчі функції. Натомість в Україні служба охорони праці створюється для організації виконання правових, організаційно-технічних, санітарно-гігієнічних, соціально-економічних і лікувально-профілактичних заходів, спрямованих на запобігання нещасним випадкам, професійним захворюванням і аваріям у процесі праці, тобто вона виконує організаційні функції. Вона утворюється за розпорядженням роботодавця, що не відповідає міжнародному стандарту. Вагоме значення має і Конвенція МОП № 187 «Про основи, які сприяють безпеці ті гігієні праці» 2006 р. [18], проте вона не ратифікована Україною. Цей акт дає розуміння поняття «національна система безпеки і гігієни праці», визначаючи її як інфраструктуру, що передбачає основні рамки для проведення національної політики і національної програми у сфері безпеки та гігієни праці [12, с. 58–59].

З'ясувавши загальні міжнародні стандарти охорони праці, перейдемо до розгляду професійних захворювань в Україні. До професійного захворювання належить захворювання, що виникло внаслідок професійної діяльності застрахованого та зумовлюється виключно або переважно впливом шкідливих речовин і певних видів робіт та інших факторів, пов'язаних із роботою [19].

Перелік професійних захворювань визначений у постанові Кабінету Міністрів України «Про затвердження переліку професійних захворювань» (далі – Перелік професійних захворювань) від 8 листопада 2000 р. та містить такі види професійних захворювань:

- 1) ті, що виникли під впливом хімічних факторів;
- 2) ті, що викликані впливом промислових аерозолів;
- 3) ті, які викликані дією фізичних факторів;
- 4) пов'язані з фізичним перевантаженням та перенапруженням окремих органів і систем;
- 5) ті, які викликані дією біологічних факторів;
- 6) алергічні захворювання;
- 7) злоякісні новоутворення (професійний рак) [20].

Для того щоб віднести захворювання до професійного, здійснюється відповідна процедура встановлення зв'язку захворювання з умовами праці та Переліком професійних захворювань, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 8 листопада 2000 р.

Як вказував В. Жидецький, недотримання вимог безпеки призводить до того, що під час роботи за комп'ютером працівник IT-сфери може відчувати дискомфорт: виникає головний біль і різь в очах, з'являється втома і дратівли-

вість. У деяких людей порушується сон, апетит, погіршується зір, починають хворіти руки, шия, попереk тощо. У разі ненормованої роботи можливе професійне вигорання. За проведеними дослідженнями, однією з причин поганого самопочуття працівників IT-сфери є пульсація яскравості зображення на екрані монітора. Пульсація яскравості викликана особливістю роботи підсвічування плоских моніторів, а також є пульсація загального і місцевого освітлення [21, с. 43].

Звертаючись до міжнародного досвіду, зазначимо, що існує Міжнародна карта захворювань, що містить перелік професій, які несуть у собі загрозу професійних захворювань [22]. З метою активної реалізації вимог ст. 29 КЗпП Є. Караченцев пропонує використовувати Міжнародну карту для ознайомлення працівників з умовами праці [23, с. 9].

Крім того, доцільно використовувати, на нашу думку, досвід європейських країн, у яких діагноз «професійне вигорання» належить до професійних захворювань. Вигорання визначається як хронічна стресова реакція, і на практиці коріння теорій вигорання в основному полягають у загальних теоріях стресу, які підкреслюють взаємодію між працею та працівником [24, с. 190]. Португальські вчені С. Моргадо, Ф. Сільва та Л. Фонсека у процесі дослідження порівняли підходи до синдрому вигорання в європейських країнах. На їхню думку, ризик психологічних розладів, що впливають на здоров'я працівників, зростає відповідно до зростаючих вимог до працівників різних професій, зокрема працівників IT-сфери. Анкета, присвячена професійним захворюванням, пов'язаним зі стресом, була роздана національним експертам 28 країн Європейського Союзу.

Всього відповіли 23 країни. У 9 країнах (Данія, Естонія, Франція, Угорщина, Латвія, Нідерланди, Португалія, Словаччина та Швеція) синдром вигорання визнається професійним захворюванням. Компенсаційні виплати за синдром вигорання надаються в Данії, Франції, Латвії, Португалії та Швеції. Лише в 39% країн синдром вигорання визнається професійним захворюванням, причому більшість із них зробили це лише в останні роки [25, с. 755].

У фінському дослідженні С. Топін-Телер встановлено, що наслідки професійного вигорання для подальших хвороб та втрати працездатності є серйозними, оскільки вигорання є причиною подальших госпіталізації та пенсії по інвалідності. Ці результати підтверджують результати попередніх досліджень щодо впливовості професійного вигорання на погіршення здоров'я. Психічні, серцево-судинні та опорно-рухові захворювання безпосередньо пов'язані з професійним вигоранням [26, с. 86].

Отже, доцільно використовувати досвід європейських країн, у яких діагноз «професійне вигорання» належить до професійних захворювань. Для цього пропонуємо внести професійне вигорання до Переліку професійних захворювань. Вважаємо, що працівники IT-сфери – одна з найбільш вразливих категорій для професійного вигорання, оскільки більшість із них не дотримуються рекомендацій щодо роботи за комп'ютером не довше 6 годин на день, рекомендацій щодо перерви в роботі ПК тривалістю 10 хвилин через кожні 50 хвилин роботи тощо, а частина працівників IT-сфери працює за ненормованим графіком, що здебільшого впливає на нервову виснаженість та, як наслідок, професійне вигорання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про встановлення карантину та запровадження обмежувальних протиепідемічних заходів з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2: Постанова Кабінету Міністрів України від 09.12.2020 р. № 1236. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1236-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
2. Конституція України: станом на 01.01.2020 р.: відповідає офіц. тексту URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
3. Прокопенко, В.І. Трудове право України: підручник / за ред. В.І. Прокопенко. 2-ге вид., стер. Харків: Консум, 2000. 360 с.
4. Середа О.Г. Концептуальні засади державно-правового механізму захисту прав працівників в умовах інтеграції України до Європейського Союзу: монографія. Харків: Право, 2016. 312 с.
5. Жернаков В.В., Прилипко С.М., Ярошенко О.М. та ін. Трудове право: підручник / за ред. Жернакова В.В. Харків: Право, 2012. 496 с.
6. С.А. Иванов, Р.З. Лившиц, Ю.П. Орловский. Советское трудовое право: вопросы теории: монография. Москва: Наука, 1978. 368 с.
7. Семенов, В.И. Охрана труда в СССР (правовые проблемы). Минск: Наука и техника, 1976. 287 с.
8. Про охорону праці: Закон України від 14.10.1992 р. № 2694-XII URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
9. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування: Закон України від 23.09.1999 р. № 1105-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1105-14#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
10. Основи законодавства України про охорону здоров'я: Закон України від 19.11.1992 р. № 2801-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2801-12#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
11. Кодекс законів про працю: Закон УРСР від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
12. Івчук Ю.Ю. Охорона праці: міжнародні та європейські вимоги. *Актуальні проблеми права: теорія і практика*. Луганськ. 2013. Вип. № 26. С. 55-63.
13. Грекова М.М. Пріоритетні напрями удосконалення трудового законодавства України під впливом міжнародних трудових стандартів. *Форум права*. Харків. 2012. Вип. №2. С. 154–160.
14. Загальна декларація прав людини: Резолюція 217 А (III) ГА Організації Об'єднаних Націй від 10.12.1948 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_015#Text (дата звернення: 05.04.2021).
15. Про економічні, соціальні і культурні права: міжнародний пакт Організації Об'єднаних Націй від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_042#Text (дата звернення: 05.04.2021).
16. Про безпеку й гігієну праці та виробниче середовище: Конвенція Міжнародної організації праці від 22.06.1981 р. №155. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_050#Text (дата звернення: 05.04.2021).
17. Про служби гігієни праці: Конвенція Міжнародної організації праці від 26.06.1985 р. №161 ратифікована Україною 10.03.2010 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_042#Text (дата звернення: 05.04.2021).
18. Про основи, які сприяють безпеці та гігієні праці: Конвенція МОП від 15.06.1996 р., URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_515#Text (дата звернення: 05.04.2021).
19. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання, які спричинили втрату працездатності: Закон України від 23.09.1999 р. № 1105-XIV URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1105-14> (дата звернення: 05.04.2021).
20. Про затвердження переліку професійних захворювань: постанова Кабінету Міністрів України від 8.11.2000 р. № 1662. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1662-2000-p> (дата звернення: 05.04.2021).
21. Жидецкий, В.Ц. Основи охорони праці: підручник / за ред. Жидецького В.Ц., О.В. Мельникова. Львів: Афіша, 2006. 316 с.
22. Міжнародна карта професійних захворювань: станом на 01.01.2021 р. Всесвітня організація охорони здоров'я. URL: <https://www.who.int/data/gho/whs-2020-visual-summary> (дата звернення: 05.04.2021).

23. Караченцев С. Ю. Правове регулювання розслідування професійних захворювань : автореф. дис. ... канд. юрид. наук: Харків, 2014. 21 с.
24. Schaufeli, W.B. & Enzmann, D. The burnout companion to study & practice: A critical analysis. London: CRC Press, 1998. 232 p. URL: <https://www.routledge.com/The-Burnout-Companion-To-Study-And-Practice-A-Critical-Analysis/Schaufeli-Enzmann/p/book/9780748406982> (дата звернення: 05.04.2021).
25. L. Morgado, F. J. G. Silva*, L. M. Fonseca. Mapping Occupational Health and Safety Management Systems in Portugal. *29th International Conference on Flexible Automation and Intelligent Manufacturing (FAIM2019)*. Limerick, Ireland: Procedia Manufacturing, 2019. 755-764 p. URL: https://www.researchgate.net/publication/339117251_Mapping_Occupational_Health_and_Safety_Management_Systems_in_Portugal_outlook_for_ISO_450012018_adoption (дата звернення: 05.04.2021).
26. Salla Toppinen-Tanner. Process of burnout: structure, antecedents, and consequences. Tampere: Juvenes Print, 2011. 109 p.

ПРОБЛЕМА НЕФОРМАЛЬНИХ ТРУДОВИХ ВІДНОСИН В УКРАЇНІ

THE PROBLEM OF INFORMAL LABOR RELATIONS IN UKRAINE

Кисельова О.І., д.ю.н., доцент,
доцент кафедри адміністративного,
господарського права та фінансово-економічної безпеки
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Доценко А.В., студентка III курсу
Навчально-науковий інститут права
Сумського державного університету

Поширення неформальної зайнятості є актуальною проблемою як у загальносвітовій практиці, так і для вітчизняного ринку праці. Практичний аспект вивчення неформальних відносин зайнятості полягає в тому, що в цій групі працівників концентруються численні порушення норм трудового права і соціального страхування. Види неформальних трудових відносин, що йдуть урозріз із вимогами чинного законодавства, вкрай різноманітні. До них належать, наприклад, робота без оформлення трудового договору, використання «сірих» схем винагороди персоналу, невідповідність нарахованої та виплаченої заробітної плати, затримка її виплати, понаднормові роботи, робота без належного обліку, робота у вихідні тощо. У зв'язку з цим розуміння природи й оцінка масштабів неформальної зайнятості необхідні для вироблення рішень у сфері соціального страхування, податкової системи та удосконалення правового регулювання трудових відносин. У статті уточнюються поняття «неформальні трудові відносини» і розглядаються окремі аспекти кількісної оцінки цього явища. Аналізуються основні причини та наслідки поширення зайнятості на неформальній основі у практиці трудових відносин. Зроблено загальний висновок про погіршення стану якісної структури вітчизняного ринку праці внаслідок досить великого поширення неформальних практик у наймі. Запропоновано деякі шляхи зниження рівня неформальних трудових відносин в країні, зокрема шляхом зниження витрат на використання офіційної робочої сили, усунення негнучкості ринку праці, збільшення чисельності працівників інспекції праці, проведення кампаній з інформування громадян про їхні законні трудові права, запровадження змін до законодавства щодо регламентації нестандартних (нетипових) видів трудової зайнятості. Політика держави щодо різних видів неформальних трудових відносин повинна бути гнучкою і диференціюватися в широкому діапазоні: від заходів обмежувального характеру, включаючи найжорсткіші санкції, до заохочувальних, залежно від їх виду і кінцевих соціально-економічних наслідків. Адаптація державної політики до питань скорочення неформальної зайнятості та легалізації заробітної плати дозволять більш ефективно захищати пенсійні та трудові права працюючих громадян.

Ключові слова: праця, соціально-трудові відносини, неформальна зайнятість, неформальні трудові відносини, Міжнародна організація праці.

The spread of informal employment is an urgent problem both in global practice and for the domestic labor market. The practical aspect of the study of informal employment relations is that this group of workers concentrates numerous violations of labor law and social insurance. Types of informal labor relations that run counter to the requirements of current legislation are extremely diverse. These include, for example, work without an employment contract, the use of "gray" schemes of remuneration of staff, the mismatch of accrued and paid wages, delays in their payment, overtime work, without proper accounting, work on weekends, etc. In connection with what, understanding the nature and assessment of the scale of informal employment are necessary to make decisions in the field of social insurance, tax system and improve the legal regulation of labor relations. The article clarifies the concept of "informal labor relations" and considers some aspects of the quantitative assessment of this phenomenon. The main causes and consequences of the spread of employment on an informal basis in the practice of labor relations are analyzed. The general conclusion is made about the deterioration of the quality structure of the domestic labor market due to the widespread use of informal employment practices. Some ways to reduce the level of informal labor relations in the country are proposed, in particular by reducing the cost of official labor, eliminating the inflexibility of the labor market, increasing the number of employees of the labor inspectorate, campaigns to inform citizens about their legal labor rights, (atypical) types of employment. State policy towards different types of informal labor relations should be flexible and differentiated in a wide range: from restrictive measures, including the most severe sanctions, to incentives, depending on their type and ultimate socio-economic consequences. After all, joint actions to reduce informal employment and legalize wages will allow more effective protection of pension and labor rights of working citizens.

Key words: labor, social and labor relations, informal employment, informal labor relations, International Labor Organization.

Постановка проблеми. Сучасний етап розвитку української економіки характеризується появою негативних явищ у соціальній сфері та на ринку праці. Однією з найбільших перешкод на шляху побудови нової моделі соціально-економічного розвитку на сучасному етапі в нашій країні є високий рівень тінізації економіки, що унеможливило прискорення економічних реформ, зростання соціальних стандартів життя населення та інтеграцію в європейське співтовариство. Використання неформальної зайнятості в Україні в останні роки стрімко поширюється, охоплюючи значну кількість робочих місць на підприємствах та організаціях, стимулювання безготівкового розрахунку між працівником і роботодавцем.

У зв'язку з цим **метою статті** є виявлення причин, масштабів і характеристик неформальних трудових відносин на вітчизняному ринку праці та визначення на цій основі шляхів подолання їх наслідків.

Аналіз останніх досліджень. Перші роботи, присвячені дослідженню неформальних видів діяльності, були опубліковані представниками закордонного науко-

вого співтовариства, такими як М. Армстронг, Д. Гелбрейт, Р. Еренбург, Дж. Кейнс, К. Макконнелл, А. Оукен, П. Самуельсон, В. Марцинкевич, А. Рофе, А. Сміт, а також українськими вченими, такими як О. Амоша, А. Базилук, Д. Богиня, І. Бондар, О. Грیشнова, Т. Заяць, А. Колот, О. Кузнєцова, Е. Лібанова, О. Новикова та інші.

Виклад основного матеріалу статті. Проблема неформальної економіки та незадекларованої праці є головною перешкодою для всіх країн для забезпечення гідної праці та високих темпів зростання. Неформальні трудові відносини – соціальне явище, яке має суттєвий негативний вплив на розвиток економіки країни, рівень життя. Незадекларована праця не лише обмежує можливості держави проводити сучасну соціальну політику в галузі освіти, охорони здоров'я, розвитку навичок, зайнятості, соціального захисту та пенсій, а і створює недобросовісну конкуренцію для тих суб'єктів, які повністю виконують свої зобов'язання з питань сплати податків, охорони праці та соціального забезпечення працівників [1]. Відбувається

й порушення конституційних прав громадян, оскільки Конституція України у ст. 43 встановлює можливість для кожного громадянина працювати для забезпечення власних соціальних і духовних потреб, для самореалізації в суспільстві. Тому держава встановлює для себе зобов'язання повною мірою сприяти у всіх можливих аспектах реалізації цієї можливості [2].

Так, І.О. Гуменюк зазначає, що через відсутність правового регулювання процедури укладення трудового договору виникає невизначеність у трудових відносинах між працівником та роботодавцем [3].

Види неформальних трудових відносин, що йдуть поруч із вимогами чинного законодавства, вкрай різноманітні. Наприклад, працівник без офіційної реєстрації позбавляє себе гарантованої державою заробітної плати, своєчасних виплат та не менше мінімальної заробітної плати, офіційної відпустки, відпустки по догляду за дитиною, допомоги через тимчасову непрацездатність, допомоги у разі нещасного випадку під час виробничого процесу, соціального страхування.

Нині статистика свідчить про великі показники порушення законодавства у цій сфері. Згідно з доповіддю Голови Держпраці за 2018 рік, в Україні виділили 25 179 працівників, які працювали без належного оформлення трудових відносин [4].

Для перевірки та виявлення неоформлених працівників існують органи Державної податкової служби, Пенсійного фонду, центрів зайнятості, місцевого самоврядування, Національної поліції тощо.

Інспектори праці, що працюють у Держпраці та його територіальних органах, а також у виконавчих органах міських, сільських та селищних рад, відповідають за контроль за додержанням законодавства про працю. Завдання інспектора – перевірити, чи дотримується підприємство законодавства про працю, яке передбачає реєстрацію трудових відносин із працівниками.

Протягом вересня поточного року інспектори праці провели 576 перевірок. Під час 534 візитів інспектори виявили понад 2200 незадекларованих працівників, а більше половини (1130 працівників) були працевлаштовані роботодавцями під час перевірки. Загалом 92% від загальної кількості здійснених візитів закінчилися виявленням незадекларованої роботи. Водночас середня кількість незадекларованих, яка була виявлена під час одного відвідування, становить близько 4 працівників [5].

Але, зважаючи на невелику кількість органів перевірки та значний перелік підприємств, а отже, й працівників, статистика не охоплює повного та всебічного розкриття неоформлених осіб. Тобто кількість органів, які відповідають за контроль та додержання трудових відносин, не може повністю охопити та перевірити всі підприємства та працівників на належне виконання та оформлення праці.

Тому, щоби вберегтися від санкцій інспекторів, потрібно не порушувати норми законодавства. Для цього роботодавець повинен укласти із працівником трудовий договір, повідомити про зайнятість державну податкову службу, виплачувати працівникові повну посадову зарплату, сплачувати єдиний соціальний внесок. Дотримання цих умов гарантує працівникам безпечні умови праці. Роботодавець, який не оформлює працівників, безвідповідально ставиться до виконання службових обов'язків, має неетичну поведінку. Не можна виключати, що роботодавець може зіткнутися з шахраями, що призведе до фінансових втрат.

Для правильного працевлаштування потрібно додержуватися певних кроків, які зазначено у Кодексі законів про працю, оскільки трудові відносини в Україні регулюються цим нормативно-правовим актом, а саме:

1. Оформити трудовий договір із працівником відповідно до ст. 21 КЗпП, де сказано, що трудовий договір – це угода між працівником та роботодавцем, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, зазначену в цій угоді, з урахуванням внутрішніх трудових норм, а роботодавець – виплачувати заробітну плату та забезпечити умови праці, передбачені законом, колективним догово-

ром та домовленістю сторін, а в статті 24 КЗпП зазначено, що трудовий договір повинен бути письмовим, умови, коли ця форма є обов'язковою, а також які документи потрібні: паспорт або інше посвідчення особи, трудова книжка, а у випадках, передбачених законодавством, – також документ про освіту (спеціальність, кваліфікацію), стан здоров'я та інші документи [6].

2. Видати наказ чи розпорядження про прийняття працівника на роботу відповідно до ч. 3 ст. 24 КЗпП.

3. Повідомити Державну податкову інспекцію за місцем реєстрації про прийняття працівника на роботу в порядку, встановленому Кабінетом Міністрів України.

Свою думку щодо укладення трудового договору сформулював В.І. Миронов, який виділяє документальну та процесуальну складові частини. Тобто процедура працевлаштування передусе укладенню трудового договору. Основним моментом у цьому є подання необхідного пакету документів. Наступним елементом є саме оформлення трудових відносин, що включає в себе договір між працівником і роботодавцем виключно з дотриманням письмової форми [7].

Також зазначимо, що письмова форма трудового договору є обов'язковою умовою у випадках, передбачених ст. 24 КЗпП (укладення контракту, трудового договору з фізичною особою, неповнолітніми (ст. 187 Кодексу), організований набір працівників тощо) та іншими законодавчими актами. Прикладом інших законодавчих актів може слугувати ЗУ «Про свободу совісті та релігійні організації», де також передбачена письмова форма.

Тобто законодавство визначає певні умови та правила, які потрібні для укладання трудового договору. Але для тих, хто це ігнорує та не дотримується цих норм, передбачено штрафи.

Доречно порівняти та зрозуміти, як законодавство намагається вирішити проблему незадекларованої праці шляхом підвищення штрафних санкцій. За фактичний допуск працівника на роботу без трудового договору (контракту) за кожного працівника, щодо якого було допущено порушення, штраф становить 10 розмірів мінімальної заробітної плати (47 230 грн станом на 2020 рік). Тобто порівняно з 2019 роком штраф підвищився на 12 770 грн. Підвищення штрафу залежить від мінімальної заробітної плати, яка щорічно встановлюється державою у поточному Законі України «Про державний бюджет» із зазначенням її у конкретному гривневому еквіваленті.

Під час збільшення мінімальної заробітної плати змінюється і єдиний внесок на загальнообов'язкове державне соціальне страхування. Мінімальний страховий внесок з ЄСВ із січня по листопад становить 6000 х 22% = 1320 грн, а за грудень – 1430 грн, щодо максимальної бази для нарахування ЄСВ з січня по листопад – 90 000 грн, грудень – 97 500 грн [8].

За цими розрахунками видно, як збільшується розмір сплати ЄСВ, саме тому роботодавці шукають різні та непомітні способи для уникнення виплати, оскільки умисне ухилення від сплати тягне за собою відповідальність.

Отже, однією з причин зародження неформальної зайнятості можна назвати високі податки. Виділимо й інші причини, які полягають насамперед у неефективному державному регулюванні: безробіття та високі витрати для розвитку бізнесу.

Існує проблема незадекларованої зайнятості працівників у підміні трудових договорів договорами цивільно-правового характеру. Але трудовий договір – це угода між працівником та роботодавцем, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, зазначену в цій угоді, з урахуванням внутрішніх трудових норм, а роботодавець повинен виплачувати працівникові заробітну плату та забезпечувати умови праці, передбачені законодавством про працю, колективним договором та домовленістю сторін.

Цивільно-правовий договір – це угода між підприємством та особою про виконання певної роботи (контракт, довіреність тощо), предметом якої є надання певного

результату роботи, але цей договір не приводить до трудових відносин. Тобто насправді за цивільно-правовим договором фізична особа може виконувати одноразові завдання різного роду (наприклад, підготовка індивідуальних консультацій або судова справа), і оплата такої роботи повинна відбуватися після їх прийняття як результат (після підписання відповідного акта передачі).

Також є проблема в недостатній правовій культурі роботодавців і працівників, відсутності механізмів контролю за дотриманням трудового законодавства, слабкості переговорних позицій працівників і інститутів, які відстоюють їхні інтереси. Багато працівників погано знають свої юридичні права і не особливо прагнуть їх пізнати. Більшість працюючих неформально громадян не до кінця розуміють, що пенсійні та інші страхові права – це невід’ємні і базові права, які можна прирівняти із правом на життя і здоров’я. Далеко не всі розуміють і, як наслідок, не борються за надані їм уже права.

Відбуваються певні заходи для того, щоби зменшити кількість неоформлених працівників. Наприклад, Меморандум, укладений між Міністерством юстиції України та Державною службою з питань праці, створений для сприятливого середовища на ринку праці, що формується у створенні робочих місць із достойною заробітною платою та добросовісними умовами праці, а також щодо забезпечення реалізації державної політики для запобігання порушень у сфері праці.

Застосувавши усі заходи для усунення незадекларованої праці, можна вирішити питання і щодо гнучкості ринку праці. Це означає, що ринок праці матиме здатність швидко адаптуватися до змін у співвідношенні попиту та пропозиції робочої сили завдяки високим рівням загальної та професійно-технічної освіти, активності та мобільності робочої сили та змінам регульованого робочого часу (день, тиждень, рік).

Гнучкі форми організації ринку праці дають змогу суспільству зменшувати ступінь безробіття, дозволяючи найбільш вразливим верствам населення отримувати доходи, підтримувати свої навички та працездатність, підтримувати соціальний статус, а також це дозволить підприємству маніпулювати кількістю використаної праці, не створюючи соціальної напруги через звільнення робітників у разі зміни потреб виробництва у робочій силі.

Тому, аналізуючи законодавство, в якому регулюється стан захисту прав працівників та роботодавців, можна запропонувати деякі шляхи вирішення:

1. Вживання заходів, спрямованих на зниження витрат під час використання офіційної робочої сили (наприклад, зниження ставки внеску соціального страхування (ЄСВ), який виплачується роботодавцями). Також є можливість надання пільгового періоду для сплати ЄСВ (протягом року роботодавець платить 50% ЄСВ).

2. Усунення негнучкості ринку праці. Для того, щоб компанії могли адаптуватися до попиту на ринку або тех-

нологічних змін і таким чином зберігати конкурентоспроможність, важливо, щоб вони могли оптимізувати свою робочу силу. Положення КЗпП України та пов’язаних із ним нормативних актів особливо болісно позначаються на малих і середніх підприємствах, які є джерелом неформальної зайнятості. У зв’язку з цим необхідно, щоби трудові правила, що регламентують процедуру звільнення, забезпечували баланс між гнучкістю для підприємств і гарантією зайнятості працівників. У зв’язку з цим є можливість розширення переліку умов, за яких допускається укладення строкових або тимчасових трудових договорів, адже строковий трудовий договір може стати можливістю для переходу до більш формальної зайнятості та набуття досвіду і навичок. Також вбачається доцільним визначити на законодавчому рівні обов’язковість письмової форми трудового договору.

3. Збільшення чисельності працівників інспекції праці для здійснення контролю і встановлення випадків використання неформальної зайнятості. На думку МОП, співвідношення чисельності інспекторів праці до чисельності працівників повинне наближатися до такого: для країн із розвинутою ринковою економікою – 1/10 000; для країн, що швидко розвиваються, – 1/15 000; для країн із перехідною економікою – 1 200 000; для найменш розвинених країн – 1/40 000.

4. Працівники повинні знати свої законні права та способи їх захисту. Тому проведення кампаній з інформування громадян про їхні законні трудові права має вирішальне значення.

5. Потрібно більш детально регламентувати систему захисту трудових прав саме для сучасного законодавства. Зокрема, внести зміни до Кодексу законів про працю, які б регулювали нові форми зайнятості, такі як нестандартні гнучкі графіки робочого часу, позикова праця, дистанційна зайнятість, тимчасова робота тощо. Адже на практиці виконання роботи на умовах нетипової її організації здійснюється як на підставі трудового договору, так і за цивільно-правовими договорами, а іноді без належного оформлення, що призводить до порушення трудових прав працівників. Однак слід зазначити, що впровадження таких нестандартних форм зайнятості та їх правове регулювання не може здійснюватися без пророблення питання щодо сучасної практики в інших країнах світу.

Отже, можна дійти висновку, що сучасний стан трудового права в Україні є поганим, зокрема через порушення у сфері неформальної зайнятості працівників, оскільки більшість роботодавців намагаються обійти «суворість» правового регулювання трудових відносин, щоб уникнути відповідальності. Законодавство намагається різними способами уникнути цієї проблеми, підвищуючи розміри штрафів та створюючи більше органів, які контролюють дотримання вимог правового регулювання трудових відносин, але проблема залишається актуальною та гострою, у зв’язку з чим потребує всебічного, повного вивчення та винайдення способів для захисту трудових прав працівників.

ЛІТЕРАТУРА

1. Незадекларована праця – прірва для працівників та роботодавців. Державна служба України з питань праці: веб-сайт. URL: <https://dsp.gov.ua/nezadeklarovana-pratsia-prirva-dlia-pratsivnykiv-ta-robotodavtsiv/#> (дата звернення: 14.03.2021).
2. Конституція України від 28 червня 1996 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96> (дата звернення: 13.03.2021).
3. Гуменюк І.О. Правові проблеми захисту трудових прав в умовах реформування соціально-економічної сфери. URL: http://ir.znau.edu.ua/bitstream/123456789/1700/1/Pravo_2014_150-152.Pdf (дата звернення 15.03.2021).
4. Публічний звіт голови Державної служби України з питань праці Романа Чернеги. Українське національне інформаційне агентство «Укрінформ». 2018. URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-presshall/2638814-pidsumki-roboti-derzavnoisluzbi-ukraini-z-pitan-praci-za-2018-rik.html> (дата звернення 14.03.2021).
5. Виявлення неоформлених працівників: Держпраці про попередні результати інспекційної кампанії. URL: <http://www.visnuk.com.ua/uk/news/100020373-viyavleniya-neoformlenikh-pratsivnikiv-derzhpratsi-pro-poperedni-rezultati-inspektsiynoi-kampaniyi> (дата звернення 21.03.2021).
6. Кодекс законів про працю: Закон України від 10 грудня 1971 року № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1971. № 50. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення: 17.03.2021).
7. Римар Б.А. Письмова форма трудового договору. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. Випуск 4. Том 2. 2015. С.30–33. URL: [chrome-extension://oemmnndcblbdoiebfmladdacbfmadadm/http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvkhd_uj_2015_4\(2\)_9.pdf](chrome-extension://oemmnndcblbdoiebfmladdacbfmadadm/http://irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=1&Image_file_name=PDF/Nvkhd_uj_2015_4(2)_9.pdf) (дата звернення 23.03.2021).
8. Розміри ЄСВ-2021. URL: <https://services.dtkk.ua/catalogues/indexes/13> (дата звернення 18.03.2021).

**ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА НА ПРАЦЮ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ
ЗА МЕЖАМИ БАТЬКІВЩИНИ****PECULIARITIES OF EXERCISE OF THE RIGHT FOR WORK OF CITIZENS
OF UKRAINE BEYOND THE BORDERS OF THE COUNTRY**

**Клочко А.М., д.ю.н., доцент,
професор кафедри міжнародних відносин
Сумський національний аграрний університет**

**Горбачова К.М., к.ю.н.,
доцент кафедри приватного та соціального права
Сумський національний аграрний університет**

**Нежевело В.В., старший викладач
кафедри приватного та соціального права
Сумський національний аграрний університет**

У статті проаналізовано окремі можливості реалізації трудових прав громадян України за її межами. Проведено огляд регулювання питання забезпечення трудових прав громадян України за кордоном на прикладі окремих держав ЄС. Розглянуто сутність державної міграційної політики України та проведено аналіз національної законодавчої бази у сфері забезпечення трудових прав громадян України за її межами. Визначається причинний комплекс посилення трудової міграції в Україні та основні вікові групи, які залучаються до цього процесу. Акцентовано, що саме молодь як соціальна група характеризується особливо високими суспільними потребами та одночасно обмеженістю ресурсів, що й стає вирішальним фактором виїзду за межі держави для працевлаштування. Саме ця вікова група схильна у більшій мірі відчувати на собі економічні, соціальні і психологічні наслідки безробіття, що належить до одного з чинників трудової міграції. Останній чинник міститься в основі низької конкурентоспроможності сучасної молоді на ринку праці, що пояснюється упередженим ставленням деяких роботодавців. Результати окремих наукових досліджень свідчать про те, що невисока конкурентоспроможність молодих спеціалістів обумовлена комплексом формуючих факторів, до яких належать брак професійних практичних знань і навичок. Виявлено, що роботодавці продовжують надавати перевагу під час працевлаштування кваліфікованим працівникам старшого віку. Встановлено, що роботодавці в процесі підбору персоналу, хоча й не акцентують на віковій ознаці потенційних працівників, проте фактично дискримінують молодих спеціалістів у їх праві та можливостях працевлаштування. З'ясовано позитивні та негативні наслідки трудової міграції в Україні. Виявлено, що до ризиків таких тенденцій належить відсутність бажання як молодих так і досвідчених спеціалістів повертатися в Україну після тимчасового перебування за її межами, що зумовлює відтік професійних кадрів із держави. Зроблено висновки, що такі тенденції будуть посилюватися й у найближчому майбутньому. Надаються деякі конструктивні пропозиції, спрямовані на врегулювання питання масштабної міграції з України.

Ключові слова: працівник, трудова міграція, трудові права, державна міграційна політика, міжнародна співпраця.

The article analyzes some opportunities for the realization of labor rights of citizens of Ukraine abroad. A review is presented as to the regulation of labor rights of Ukrainian citizens abroad on the example of individual EU countries. The essence of the state migration policy of Ukraine is considered and the analysis of the national legislative base in the field of ensuring the labor rights of the citizens of Ukraine abroad is carried out. The causal complex of intensification of labor migration in Ukraine and the main age groups involved in this process are determined. It is emphasized that young people as a social group are characterized by particularly high social needs and at the same time limited resources, which becomes a decisive factor in leaving the country for employment. It is this age group that tends to feel the economic, social and psychological consequences of unemployment, which is one of the factors of labor migration. The latter factor underlies the low competitiveness of modern youth in the labor market, due to the prejudice of some employers. The results of some scientific studies indicate that the low competitiveness of young professionals is due to a set of formative factors, which include the lack of professional practical knowledge and skills. It was found that employers continue to give preference in employment to skilled older workers. It has been established that employers in the recruitment process, although they do not emphasize the age of potential employees, actually discriminate against young professionals in their right and employment opportunities. The positive and negative consequences of labor migration in Ukraine have been clarified. It was found that the risks of such trends include the lack of desire of both young and experienced professionals to return to Ukraine after a temporary stay abroad, which causes the outflow of professionals from the state. It is concluded that such trends will intensify in the near future. Some constructive proposals aimed at resolving the issue of large-scale migration from Ukraine are provided.

Key words: employee, labor migration, labor rights, state migration policy, international cooperation.

Для багатьох громадян України, зокрема із початком пандемії COVID-19 набули важливості питання пов'язані з реалізацією ними права на працю за межами держави. На теперішній час перед громадянами України постали чимало перепон, пов'язаних із регулюванням їх праці за межами держави, зокрема їх таких, що обумовлені закриттям кордонів та неможливістю вільно пересуватися в межах ЄС.

У зв'язку із розвитком суспільних відносин у ХХІ ст. змінився й вектор формування міжнародних відносин, що сприяло, в свою чергу, відмові держав від глобалізаційних процесів під час розроблення законодавства. Приймаються нормативно-правові акти на національному рівні, підґрунтям яких є норми міжнародного приватного права. Трансформаційні процеси у суспільстві пов'язані насамперед, із економічними змінами, переорієнтуванням економічних

пріоритетів із виробничих структур на ринок споживання. Останнім часом посилюються й процеси трудової міграції в українському суспільстві. Ці перетворення потребують ухвалення нового законодавства, адаптованого до сучасних трансформацій. Вибіркові відомості засвідчують тенденції до зростання міграційних процесів характерних для українського суспільства з метою працевлаштування у іноземні держави. Зокрема, станом на 1 січня 2018 р. у Республіці Польща з метою працевлаштування та виконання трудових обов'язків перебували близько 3 млн. громадян України, така ж кількість українських громадян перебували у Російській Федерації, близько 2 млн. – у Республіці Італія [1, с.191]. З урахуванням цих даних очевидним є те, що дослідження правових підстав працевлаштування громадян України за кордоном не втрачає актуальності.

З метою проведення якісного дослідження зазначеної проблематики потребується з'ясування сутності правового режиму, що поширюються на осіб, які мають намір працювати за межами України, окремі особливості змісту виконуваної роботи, існування явища нелегального працевлаштування за межами України.

На громадян України, які постійно проживають за її межами на території іноземної країни, розповсюджується національний режим відповідної держави щодо питань працевлаштування та регулювання праці. Тимчасове перебування громадян України за кордоном припускає можливість зайняття трудовою діяльністю, якщо це не суперечить чинному законодавству України та відповідній державі перебування. На цю категорію громадян розповсюджується дія законодавства України, а саме, Закону України «Про зайнятість населення» від 5 липня 2012 р. [2], Закону України «Про зовнішню трудову міграцію» від 5 листопада 2015 р. [3].

Проте питання працевлаштування за кордоном громадян України та виконання їх трудових обов'язків регулюється не лише на рівні законодавства України, однак із з урахуванням нормативної бази приймаючої сторони, а також окремих міжнародних договорів. Громадяни України мають право соціальної захисту у сфері зайнятості відповідно до законодавства України про зайнятість, а їх працевлаштування за межами держави передбачає: укладення трудового контракту з працедавцем на виконання обумовленої роботи або направлення в іншу державу з метою виконання певної роботи [2]. Також громадяни України можуть працевлаштовуватися за кордоном із використанням послуг посередників, діяльність яких врегульована на законодавчому рівні, а саме, Законом України «Про ліцензування видів господарської діяльності» від 2 березня 2015 р. [4].

Законодавча база кожної окремої держави містить положення, що передбачають необхідність підготовки різних за змістом дозвільних документів, які дозволяють іноземним громадянам, а також особам без громадянства займатися трудовою діяльністю на її території. Для прикладу, термін дії такого дозволу у Латвійській Республіці складає 5 років.

Нормативно-правові держав також містять відомості щодо працівників, які не потребують дозволу на виконання певних видів робіт в межах території цих держав. Серед них, наприклад, можна виділити академічних працівників вищих навчальних закладів, спортсмени. В той же час нормативно-правові акти держав можуть містити спеціальні норми щодо певних випадків працевлаштування іноземців. Зокрема, за законодавством Чеської Республіки спеціальні правила передбачено під час працевлаштування іноземців у торгове товариство. Окрім зазначеного законодавству окремих держав притаманне поняття «співробітник з-за кордону». Зауважимо, що останнє не є тотожним поняттю «іноземний громадянин». Зокрема, у Чеській Республіці для цілей працевлаштування співробітником з-за кордону являється фізична особа (іноземець), яка не є громадянином Чеської Республіки, ані громадянином ЄС, Швейцарії або членом їх сім'ї. Громадяни України мають право виконувати роботу за межами України на умовах одержання відповідного дозволу, офіційно звертаючись до спеціально уповноважених державних органів.

Громадяни України також можуть працювати в іноземній державі у разі надання їм певного статусу, як, наприклад, статусу біженців. Переважно трудовий контракт з громадянином України за кордоном укладається після отримання ним дозвільних документів на роботу у іноземного працедавця [5]. В той же час законодавство приймаючої держави встановлює випадки, у яких саме укладений контракт є необхідною підставою для отримання дозволу на роботу. Зокрема, це стосується випадків, коли мова йде про висококваліфікованих спеціалістів. При цьому законодавство містить поло-

ження щодо часу набуття чинності таким договором, однак не раніше дня отримання дозволу на роботу.

Законодавство іноземних держав може містити норми щодо особливостей умов трудового договору, який укладено з іноземним громадянином (наприклад, щодо покращення соціально-побутових умов працівника та членів його сім'ї; щодо нерозголошення державної, службової чи комерційної таємниці); особливостей тимчасового переведення іноземного працівника на не передбачену трудовим договором роботу (зокрема не припускається переведення особи за межі тієї іноземної держави, де виконується робота); щодо особливостей відсторонення від роботи іноземного працівника (наприклад, якщо закінчується термін дії дозволу на працевлаштування).

Також громадяни України можуть працювати за її межами, перебуваючи у відрядженні. Порядок відбуття у відрядження, а також прибуття з відрядження, забезпечення особи коштами на відрядження, відшкодування витрат, понесених громадянином України у зв'язку з відрядженням, непрацевдатність у відрядженні та інші питання регулюється Інструкцією про службові відрядження в межах України та за кордон, затверджена Наказом Міністерства фінансів України від 13 березня 1998 р. № 59 [6]. Окрім зазначеної Інструкції в Україні прийняті й нормативно-правові акти, які регулюють питання, пов'язані з відрядженнями. Це, зокрема, постанова Кабінету Міністрів України «Про суми та склад витрат на відрядження державних службовців, а також інших осіб, що направляються у відрядження підприємствами, установами та організаціями, які повністю або частково утримуються (фінансуються) за рахунок бюджетних коштів» від 2 лютого 2011 р. [7].

Відрядження за кордон здійснюється відповідно до наказу (розпорядження) керівника підприємства після затвердження технічного завдання, зміст якого визначає мету такого візду, завдання та очікувані результати відрядження, термін та умови перебування за межами України, а також кошторис передбачуваних витрат (у випадку наявності запрошення прикладається його копія). Термін відрядження визначається керівником підприємства, проте зазвичай не може перевищувати 60 календарних днів. Зазначений термін відрядження може бути продовженим у випадках, передбачених законодавством. Наприклад, у 1998 р. громадяни України були направлені у відрядження для виконання робіт за контрактами від 30 грудня 1998 р. № 44/1-555/07/HD/1998 та № 44/1-556/09/HD/1998 щодо будівництва гідроелектростанції «Кан Дон» [8]. Встановлений чинним на той час законодавством України термін відрядження закінчувався, тож Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 29 листопада 1999 р. № 1307-р зазначеним працівникам як виняток було дозволено перебувати у відрядженні за межами України терміном до одного року з виплатою добових відповідно до чинного законодавства України.

В останні роки посилюється процеси нелегальної трудової міграції, особливо у умовах пандемії COVID-19. Це зумовлено об'єктивними факторами, до яких належать втрата робочих місць як наслідки карантинних обмежень, або втрата годувальника у результаті хвороби. Іноді нелегальна трудова міграція маскується під виглядом сучасних форм виконання безоплатних робіт, волонтерства. Тому виникає потреба розроблення забезпечувального законодавства, що мінімізує та унеможливує прояви нелегального працевлаштування іноземців.

Пріоритетним напрямком державної політики у напрямку реінтеграції трудових мігрантів є покращення умов ведення підприємницької діяльності в Україні, виникає необхідність розробки і впровадження спеціальної програми стимулювання зайнятості для осіб, які повертаються після трудової діяльності з-за кордону. Окрім цього доречно передбачити пільгові умови оподаткування

упродовж стартового періоду для таких осіб, забезпечити надання юридичної та консультаційної допомоги щодо започаткування та ведення бізнесу.

Залучення осіб, які повертаються з-за кордону в Україну для продовження трудової діяльності до програм підвищення кваліфікації та перекваліфікації, визнання придбанної за кордоном кваліфікації, надання допомоги в працевлаштуванні також позитивно позначиться на ринку праці в Україні та сприятиме зниженню рівня безробіття. Обсяги імміграції в Україну на теперішній час є відносно невисокими, проте вони можуть істотно збільшитися за умови припинення військового конфлікту на сході та відновлення стабільного економічного зростання. Така необхідність виникає через старіння населення, зменшення чисельності осіб працездатного віку, що має наслідком нестачу робочої сили та необхідність залучення мігрантів для виконання певних видів робіт. При цьому, як свідчать результати окремих наукових досліджень, в Україні існує дискримінація по відношенню до таких працівників.

На підставі проведеного огляду сучасного стану реалізації прав громадян України на працю за кордоном вбачається, що існує потреба захисту прав трудових мігрантів, оскільки, як зазначено у ст. 43 Конституції України кожен громадянин має право на працю, обирати, отримувати за неї винагороду. Використовувати це право в Україні або поза її межами є особистим вибором кожної особи, особа не може бути обмежена у праві виїзду за межі України, якщо для цього немає істотних підстав. Зокрема, відповідно до ст. 6 Закону України «Про порядок виїзду громадян України та в'їзду громадян України в Україну», що тимчасові обмеження можуть стосуватись осіб, проти яких відкрито кримінальне провадження, стосовно яких у порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законодавством, застосовано запобіжний захід, за умовами якого особи заборонено виїжджати за кордон, якщо особа має доступ до державної таємниці [9] та за інших підстав передбачених зазначеною статтею. Однак, зміст ст. 6 відповідного Закону України не містить обмежень жодних обмежень щодо трудових мігрантів або осіб, які виїжджають за межі України з метою працевлаштування на території інших держав. Така тенденція має як позитивні так і негативні наслідки і цілому для економіки

держави. З однієї сторони відтік висококваліфікованих кадрів із країни створює брак професійних фахівців професійних кадрів, а також представників робочих спеціальностей, що спонукає роботодавців до пошуку нових та не стандартних методів залучення вітчизняних спеціалістів до роботи. Наприклад, підтримка регіональної міграції, розширення зон пошуку кандидатів, матеріальне стимулювання, залучення молодих спеціалістів без попереднього досвіду роботи та пропонують їх професійне навчання. З іншої сторони, очевидним є й усвідомлення тенденцій щодо «робочого туризму», стримати є не простим завданням через привабливість отримання високих заробітних плат у відносно короткі терміни. Також, процеси глобалізації неможливо стримати, громадяни України і надалі продовжуватимуть виїжджати за межі держави, а для молоді особливо привабливою є можливість поєднувати роботу та розширення світогляду, подорожування. Безумовно, позитивним є факт, що багато трудових мігрантів пересилають кошти в Україну. Зокрема, лише у 2019 році громадяни України переказали на батьківщину близько 16 мільярдів доларів США. Таким чином Україна залишається найбільшим отримувачем грошових переказів в Європі [10]. Проте, якщо б мова йшла виключно про тимчасову трудову міграцію з подальшим поверненням в Україну, то напевно в цьому не слід було би вбачати значної проблеми. Однак, масова міграція українців за кордон є дійсно однією з актуальних загроз для суспільства, оскільки багато з них не мають намірів повертатися на батьківщину. Тому, насамперед потребується комплексно трансформувати соціально-економічну політику держави з акцентами на викорінення корупційних діянь на всіх рівнях та адаптувати заробітні плати з урахуванням соціальних потреб громадян. В Україні також прийняті нормативно-правові акти, які регламентують питання доступу іноземців до працевлаштування, послуг освіти, медичного обслуговування, забезпечення житлом. В той же час очевидним є те, що цей доступ залишається відносно обмеженим у зв'язку із упередженим дискримінаційними ставленням окремих роботодавців до таких працівників та прогалинами у системі адаптації як громадян України так і іноземців до можливостей ринку праці в Україні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фединяк Г. С. Правові підстави виконання роботи громадянами України за кордоном. *Правова держава*. 2018. № 32. С. 191-199. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Prav_2018_32_24.
2. Про зайнятість населення: Закон України від 05.07.2012 № 5067-VI / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5067-17> (дата звернення: 22.03.2021).
3. Про зовнішню трудову міграцію: Закон України від 05.11.2015 № 761-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/761-19#Text>. (дата звернення: 22.03.2021).
4. Про ліцензування видів господарської діяльності: Закон України від 02.03.2015 № 222-VIII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/222-19#Text>.
5. Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття: Закон України від 20.12.2020, підстава – 1030-IX / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1533-14> (дата звернення: 22.03.2021).
6. Про затвердження Інструкції про службові відрядження в межах України та за кордон. Інструкція, затверджена Наказом Міністерства фінансів України 13.03.98 № 59. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/20218-98#Text>.
7. Про суми та склад витрат на відрядження державних службовців, а також інших осіб, що направляються у відрядження підприємствами, установами та організаціями, які повністю або частково утримуються (фінансуються) за рахунок бюджетних коштів. Постанова Кабінету Міністрів України від 2 лютого 2011 р. № 98. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/98-2011-%D0%BF#Text>.
8. Про термін перебування за кордоном працівників, направлених на будівництво гідроелектростанції "Кан Дон". Розпорядження Кабінету Міністрів України від 29 листопада 1999 р. N 1307-р. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1307-99-%D1%80#Text>.
9. Про порядок виїзду з України і в'їзду в Україну громадян України. Закон України від 21.01.1994 № № 3857-XII / База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3857-12#Text>.
10. Заробітчани переказали в Україну «рекордні \$16 млрд за рік». BBC NEWS Україна. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/news-52392644>.

ЩОДО ПИТАННЯ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПРАЦІ ЖІНОК, ПОВ'ЯЗАНОЇ З МАТЕРИНСТВОМ

ABOUT THE LEGAL REGULATION OF WOMEN'S LABOR, RELATED TO MOTHERHOOD

Конопельцева О.О., к.ю.н.,
асистент кафедри трудового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Семенченко Т.В., студент II курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Чебан Ю.В., студент II курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

В Україні у структурі попиту на робочу силу спостерігається велика питома вага попиту на працівників жіночої статі. Пов'язане це зі специфікою роботи, характерною для жінок. Законодавство про працю закріпило певні заходи в регулюванні праці жінок із метою їх соціального захисту та забезпечення необхідних гарантій для поєднання роботи з функцією материнства. Саме тому питання правового захисту вагітних жінок та жінок із дітьми, які вже працюють або тільки бажають працевлаштуватися, є досить важливим. Незважаючи на правові гарантії, що забезпечують жінкам рівні можливості щодо реалізації свого права на працю, роботодавці часто нехтують такими вимогами та порушують їх.

Метою статті є визначення особливостей забезпечення окремих трудових прав жінок, що надаються їм у зв'язку з материнством, та розроблення шляхів їх удосконалення відповідно до умов сьогодення.

Головними проблемами у сфері охорони праці вагітних жінок та жінок, які поєднують працю з материнством, є складність і неоднорідність норм трудового законодавства, які на практиці не використовуються. Тобто деякі положення не відповідають сучасним вимогам і не відображають специфіку роботи.

Проведений аналіз законодавства України дає змогу стверджувати, що правове регулювання охорони праці вагітних жінок та жінок, які мають неповнолітніх дітей, загалом відповідає міжнародним стандартам, проте роботодавці не завжди дотримуються спеціальних правових гарантій, що передбачені законами України. Оскільки Україна докладає активних зусиль для того, щоби стати рівноправним членом європейського співтовариства, необхідно вдосконалити законодавче регулювання праці вагітних жінок та жінок, які поєднують працю з материнством. Ефективним же правовим гарантом забезпечення трудових прав жінок може стати новий проект закону Трудового кодексу № 2410, зареєстрований у Верховній Раді України 8 листопада 2019 року, що зміг би встановити чіткий механізм їх реалізації та усунути колізії у законодавстві.

Ключові слова: охорона праці жінок, материнство, трудове законодавство, доктринальні проблеми.

In Ukraine, the share of female employees in the structure of the employer's description is observed. This is due to the special work of women. Legislation on work with the consolidation of certain measures in the regulation of women's labor with the involvement of their social protection and providing the necessary guarantees to combine work with the function of material values. Similarly, the urgency of legal protection of pregnant women and women with children who are already working or just wanting to get a job is necessary. Despite legal guarantees that offer women equal opportunities to exercise their right to work, employers often disregard and violate such requirements.

The purpose of the article is to determine the specifics of ensuring certain labor rights of women granted to them in connection with motherhood, and to develop ways to improve them in accordance with today's conditions.

It is argued that the main problems in the field of labor protection of pregnant women and women who combine work with motherhood are the complexity and heterogeneity of labor legislation, which are not used in practice. Therefore, some provisions do not correspond to market realities and do not reflect special work.

It is concluded that the legislation of Ukraine on labor protection of pregnant women and women with minor children generally meets the requirements of international documents on this issue, but employers do not always comply with special legal guarantees provided by the Laws of Ukraine. As Ukraine makes active efforts to become an equal member of the European Community, it is necessary to improve the legal regulation of pregnant women and women who combine work with motherhood. A new draft law of the Labor Code №2410, which is currently registered in the Verkhovna Rada of Ukraine on November 8, 2019 and could establish a clear mechanism for their implementation and eliminate conflicts in legislation, can be an effective legal guarantor of women's labor rights.

Key words: labor protection of women, motherhood, labor legislation, doctrinal problems.

Постановка проблеми. Нині широко обговорюваним питанням серед законодавців є необхідність удосконалення чинного трудового законодавства у частині забезпечення прав жінок під час виконання праці, пов'язаної з материнством. Як результат, у Верховній Раді України зареєстрований проект нового Трудового кодексу № 2410 від 8 листопада 2019 року, який, окрім уже закріплених прав жінок, передбачає додаткові соціальні та трудові гарантії.

Варто зазначити, що правове становище жінки пов'язане з особливостями її статі: вона виконує найважливіші функції материнства. Тому встановлення певних заходів з охорони праці жінок має відбуватися з урахуван-

ням підвищеної уваги до фізіологічних особливостей їх організму. Через це правове регулювання цього питання обов'язково повинне включати систему додаткових гарантій, які змогли б допомогти їй справитися з подвійним навантаженням: бути залученою до праці та виконувати материнську функцію.

Окрім цього, мета регулювання національним законодавством питання щодо прав жінок полягає також у закріпленні їх рівності з чоловіками у сфері праці та забороні дискримінації, яка, на жаль, нині є досить поширеною у трудовій сфері.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання законодавчого регулювання особливостей праці жінок, пов'язаної

з материнством, розглядалося багатьма вченими правової сфери, такими як: О.А. Абрамова, І.А. Ветухова, М.М. Грекова, Л.В. Котова, В.Г. Рогань, В.М. Толкунова, Н.Н. Шептуліна, І.В. Шульженко, О.М. Ярошенко та інші. Праці цих учених становлять основу досліджуваного питання та мають велике наукове значення. Проте умови стрімкого розвитку у сфері праці, що, зокрема, пов'язані із сучасною світовою ситуацією, потребують нового погляду на це питання, що вимагає наукового дослідження за цією темою.

Мета статті полягає у встановленні особливостей окремих трудових гарантій жінок, що надаються їм у зв'язку з материнством, які знайшли своє відображення у тексті норм трудового законодавства, а також пропонування шляхів їх удосконалення відповідно до умов сьогодення.

Виклад основного матеріалу. Конституційне закріплення прав людини нині є надзвичайно важливою складовою частиною державної політики кожної країни. Зокрема, законодавство України встановлює низку соціально-трудова гарантій громадян, до яких належить право на працю, на заробітну плату, не нижчу від визначеної законом, право на відпочинок, а також на належні, безпечні і здорові умови праці тощо. Передбачене ж статтею 43 Конституції України право на працю полягає в можливості кожного заробляти собі на життя працюю, яку він вільно вибирає або на яку вільно погоджується [1].

Державна політика у сфері правового регулювання праці жінок пов'язана насамперед зі створенням таких умов праці, які зможуть забезпечити їй вільне відтворення свого трудового потенціалу, позитивно вплинуть на рівень зайнятості жінок на ринку праці та знизять ризик завдання шкоди їхньому здоров'ю та життю.

Нині у сучасному світі відбувається стрімкий розвиток суспільних відносин, який характеризується підвищенням ролі жінки у всіх сферах життя, зокрема у трудовій, що і вимагає детального та достатнього правового врегулювання їхнього статусу як суб'єктів права.

Законодавство України встановлює імперативні норми, що покликані забезпечити дотримання трудових гарантій жінок, зокрема сфери охорони їх здоров'я. Пояснити це можна тим, що доволі часто жінки, прагнучи зберегти основний дохід сім'ї, нехтують власним здоров'ям та залишаються працювати на шкідливих роботах, а також тих, що в подальшому можуть негативно вплинути на їхню репродуктивну функцію.

Окрім цього, до правових передумов створення цілої низки трудових гарантій цієї статі відносять і фізіологічні особливості організму жінки, її материнську функцію, яка включає народження дитини та догляд за нею, а також меншу конкурентоспроможність жінок на ринку праці порівняно з чоловіками.

Варто зазначити, що надання додаткових соціально-трудова прав жінкам у зв'язку з материнством не можна вважати пільгами чи привілеями, а тому використовувати термін «дискримінація» було б недоречним.

Проте, на жаль, на практиці досить часто ці права порушуються. Зокрема, нині досить поширеним явищем є упереджене ставлення до жінок під час працевлаштування, оплати праці чи охорони материнства, а також недотримання роботодавцями норм щодо забезпечення трудових пільг та гарантій для жінок.

Жінка, на відміну від чоловіка, має певні фізіологічні особливості організму та виконує функції народження і виховання дітей. Через це їй досить часто доводиться стикатися з подвійним навантаженням: бути залученою до праці та виконувати материнську функцію.

Проте, як показує міжнародний досвід, питання трудових гарантій жінок вирішується у всіх державах по-різному. Німеччина є одним із найкращих прикладів серед європейських країн, де досить чітко врегульовані питання, що стосуються праці жінок. Важливим є те, що вагітні жінки самостійно вирішують, працювати чи

ні. Роботодавець забезпечує вагітних жінок спеціальним місцем для відпочинку та надає можливість робити певні перерви під час роботи. Право на оплату догляду за дитиною мають усі жінки, незалежно від наявності укладеного договору. М.М. Грекова зазначає, що надзвичайно цінним прикладом для України також є законодавство Угорщини, яка з метою поліпшення економічного становища жінки удосконалює систему освіти і таким чином зменшує потребу у довгій відпустці [2, с. 141].

На протигагу цьому Л.В. Котова внаслідок дослідження зарубіжного досвіду виявила, що у світі є країни, на думку яких, надання додаткових гарантій жінці у сфері праці є одним із проявів упередженості. Зокрема, у США більшість актів щодо спеціалізованої охорони жіночої праці визнані такими, що суперечать законодавству про заборону дискримінації за статтю. У скандинавських країнах національне законодавство характеризується майже повною відсутністю норм, пов'язаних із додатковими трудовими гарантіями жінок, а у Великобританії, Іспанії та інших країнах Європи положення нормативних актів щодо охорони їхньої праці визнані такими, що не відповідають сучасним умовам та мають упереджений характер [3, с. 492].

Отже, відповідно до наведеного міжнародно-правового досвіду у світі існують різні думки: деякі країни вважають, що надання спеціальних гарантій є проявом дискримінації, інші – закріплюють додаткові заходи в регулюванні праці жінок із метою їх соціального захисту.

Україну можна віднести до переліку тих країн, що на правових підставах забезпечують жінок додатковим переліком прав і не вважають це упередженням ставленням.

Зокрема, згідно зі статтею 6 Закону України «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» не вважаються дискримінацією за ознакою статі спеціальний захист жінок під час вагітності, пологів та грудного вигодовування дитини та особливі вимоги щодо охорони праці жінок і чоловіків, пов'язані з охороною їхнього репродуктивного здоров'я [4].

Як зазначає І.А. Ветухова, конституційне закріплення свободи, рівності і правової захищеності жінок-матерів у суспільному виробництві має бути відображено в системі принципів трудового права, насамперед у принципі підвищеної охорони праці жінок [5]. Тому захист трудових прав такої спеціальної категорії, як жінки, потребує встановлення чіткого механізму його реалізації: наявності належного законодавчого закріплення цих прав, забезпечення сприятливих умов для їх застосування, а також створення ефективних способів захисту.

Правову основу питання регулювання праці жінок, пов'язаної з материнством, становлять Кодекс законів про працю України, Закони України «Про охорону праці», «Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків» та інші акти, а також міжнародні договори, згода на обов'язковість яких дана Верховною Радою. До останніх же належать Загальна декларація прав людини від 10 грудня 1948 року, Міжнародний пакт про економічні, соціальні й культурні права, Європейська конвенція про права людини, прийнята 1950 року, а також Конвенції та Рекомендації Міжнародної Організації Праці, членом якої є Україна з 1954 року.

Українське законодавство наголошує на тому, що жінки під час реалізації права на працю в силу репродуктивної функції, причин фізіологічного характеру потребують особливого правового захисту, встановлює чіткий перелік прав жінок, пов'язаних із материнством.

Це ж підтверджується частиною 2 статті 6 Закону України «Про охорону праці», якою встановлюється, що праця вагітних жінок і жінок, які мають неповнолітню дитину, регулюється законодавством [6].

Серед них, зокрема, розрізняють такі гарантії, як:

1) заборона та обмеження залучення жінок, пов'язаних із материнством, до певних видів робіт: нічних, надуроч-

них, робіт у вихідні дні, а також направлення їх у відрядження;

2) переведення жінок на легшу роботу під час вагітності та виховання дитини до трьох років;

3) надання цим особам додаткової відпустки та перерви на годування дитини;

4) гарантії під час прийняття на роботу і заборона звільнення вагітних жінок і жінок, які мають дітей;

б) інші гарантії, серед яких мають місце надання вагітним жінкам і жінкам, які мають дітей віком до чотирнадцяти років, путівок до санаторіїв та будинків відпочинку і надання їм матеріальної допомоги, обслуговування матерів на підприємствах, в організаціях тощо.

Зокрема, у статті 24 Конституції України проголошується рівність прав і свобод жінок із чоловіками. Рівноправність жінок у сфері трудових відносин забезпечується наданням їм рівних із чоловіками можливостей у професійній підготовці, у праці та винагороді за неї [1].

Відповідно до цього положення Кодекс законів про працю, регулюючи права всіх працюючих жінок, встановлює рівність чоловіка і жінки та забезпечує механізм праці жінок, які поєднують її з материнством.

Відповідно до ст. 22 КЗпП забороняється необґрунтована відмова у прийнятті на роботу [7]. Також згідно з Конституцією України будь-яке пряме або непряме обмеження прав чи встановлення прямих або непрямих переваг під час укладення, зміни та припинення трудового договору залежно від походження, соціального і майнового стану, расової та національної приналежності, статі, мови, політичних поглядів, релігійних переконань, членства у професійній спілці чи іншому об'єднанні громадян, роду і характеру занять, місця проживання не допускається [1]. Проте слід наголосити на тому, що встановлення певних додаткових пільг та гарантій для осіб, які потребують особливого захисту, не буде дискримінаційним. Навпаки, дискримінацією буде відмова роботодавця у праці вагітній жінці або жінці-матері, яка бажає працевлаштуватися, чи зниження заробітної плати через те, що жінка вагітна або має дитину.

Норми міжнародного права, а саме Конвенція № 103 1952 року «Про охорону материнства», встановлюють надання оплачуваних відпусток як до, так і після пологів та надання перерви протягом робочого часу для годування дітей [8, с. 363].

Національне законодавство, відповідно до ст. 179 КЗпП, також передбачає відпустки у зв'язку з вагітністю, пологами і для догляду за дитиною. Так, на підставі медичного огляду жінкам надається відпустка тривалістю 70 календарних днів до пологів та 56 (у разі народження двох і більше дітей та у разі ускладнення пологів – 70) календарних днів після пологів, починаючи з дня пологів. Тривалість такої відпустки у США – 4–16 тижнів, у Великій Британії – 29 тижнів, у Франції – 16–36 тижнів, у Швейцарії – 8 тижнів, у Бельгії – 14 тижнів, у Швеції – 12 тижнів тощо [9, ст. 223].

Отже, можна зробити висновок, що Україна є однією із провідних країн, що забезпечує жінці-матері право на відпустку у зв'язку з вагітністю. Більше того, проект нового Трудового кодексу, зареєстрований у Верховній Раді України 8 грудня 2019 року, передбачає у своїх положеннях додаткові трудові гарантії поряд із тими, що закріплені у Кодексі законів про працю України, а саме надання вагітній жінці оплачуваної відпустки тривалістю 84 календарні дні у разі багатоплідної вагітності.

Також за бажанням жінки їй надається відпустка для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку. Відповідно до законодавства обов'язковою у цей період є виплата допомоги по державному соціальному страхуванню. У разі, якщо дитина потребує домашнього догляду, жінці в обов'язковому порядку надається відпустка без збереження заробітної плати тривалістю, визначеною у медичному висновку, але не більш як до досягнення дитиною

шестирічного віку. За бажанням жінки в період перебування у відпустці для догляду за дитиною вона може працювати на умовах неповного робочого часу або вдома.

Згідно зі ст. 180 КЗпП у разі надання жінкам відпустки у зв'язку з вагітністю та пологами власник або уповноважений ним орган зобов'язаний за заявою жінки приєднати до неї щорічні основну і додаткову відпустки незалежно від тривалості її роботи на цьому підприємстві, в установі, організації в поточному робочому році [7].

В Україні було вирішене питання щодо надання права батьку піти у відпустку для догляду за дитиною, оскільки в багатьох країнах Європи обоє батьків можуть здійснити таке право. Зокрема, у Норвегії як мати, так і батько можуть взяти відпустку строком на 14 тижнів. У Швеції 90 днів із 480, які надані для догляду за дитиною, повинен взяти саме батько. А в Іспанії мати обов'язково повинна провести 6 тижнів із дитиною, після того її теж може замінити батько.

Україна як соціальна і правова держава передбачає встановлення рівних прав для жінок і чоловіків у всіх сферах життя. Саме тому було прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законодавчих актів щодо забезпечення рівних можливостей матері та батька на догляд за дитиною». Законом доповнено статті 18 і 20 ЗУ «Про відпустки». Отже, відпустка для догляду за дитиною до досягнення нею трирічного віку може бути використана повністю або частинами також батьком дитини. Крім цього, зазначено перелік й інших осіб, які можуть мати відповідну відпустку, а саме: бабуся чи дідусь, інші родичі, які фактично доглядають за дитиною, або особа, яка усиновила чи взяла під опіку дитину, один із прийомних батьків чи батьків-вихователів [10].

Законом також доповнено положення статті 182-1 КЗпП та статті 19 ЗУ «Про відпустки» щодо права працівників обох статей, які мають дітей або повнолітню дитину – особу з інвалідністю з дитинства підгрупи А І групи, на додаткову відпустку та доповнено положення статті 51 КЗпП щодо можливості встановлення скороченої тривалості робочого часу для чоловіків, які мають дітей віком до чотирнадцяти років або дитину з інвалідністю, та батьків, що виховують дітей без матері, у тому числі у разі тривалого перебування матері в лікувальному закладі [10].

Окрім цього, є випадки, коли жінки не йдуть у відпустку з догляду за дитиною і залишаються працювати. Закон регулює і такий механізм, тому національним законодавством забезпечуються згідно зі ст. 183 КЗпП перерви протягом робочого часу для годування дітей. Вказано, що такі перерви надаються не рідше ніж через три години тривалістю не менше тридцяти хвилин кожна. У разі наявності двох і більше грудних дітей тривалість перерви встановлюється не менше години. Крім цього, такі перерви включаються в робочий час і оплачуються за середнім заробітком. Особливим є те, що відповідно до ст. 186 КЗпП на підприємствах і в організаціях із широким застосуванням жіночої праці організуються дитячі ясла, дитячі садки, кімнати для годування грудних дітей, а також кімнати особистої гігієни жінок [7].

Проте, на нашу думку, це положення не відповідає сучасним реаліям та вже вкотре обґрунтовує потребу прийняття нового Трудового кодексу.

Тому ми пропонуємо внести такі зміни до Кодексу законів про працю України: вилучити наявні нині ст. 183 та 186 КЗпП у зв'язку із застарілістю та зазначити їх у новій редакції. Вона ж має передбачати таке: жінкам, що мають грудних дітей чи дітей віком до півтора року, передбачається надання скороченого робочого часу у зв'язку з потребою догляду за дітьми, а ті години, що становлять різницю між повним та передбаченим цією статтею скороченим робочим часом, розуміти як їхній особистий вільний час поза потребою виконання роботи, передбаченої трудовим договором.

Слід наголосити на тому, що вагітні жінки та жінки, які мають дітей віком до трьох років, мають право на переведення на легшу роботу. Ст. 178 КЗпП передбачає зниження норми виробітку, норми обслуговування або взагалі переведення на іншу роботу, яка є легшою і виключає вплив несприятливих виробничих факторів, із збереженням середнього заробітку за попередньою роботою. Жінки, які мають дітей віком до трьох років, у разі неможливості виконання попередньої роботи переводяться на іншу роботу із збереженням середнього заробітку за попередньою роботою до досягнення дитиною віку трьох років. Якщо заробіток осіб, зазначених у частинах першій і третій цієї статті, на легшій роботі є вищим, ніж той, який вони одержували до переведення, їм виплачується фактичний заробіток [7].

Ця норма є важливою складовою частиною законодавства та зазнає частого звернення під час вирішення питань трудових правовідносин, адже трапляються випадки, коли в процесі роботи з різних причин – об'єктивних та суб'єктивних обставин – виникає потреба змінити умови трудового договору. Переведенням на легшу роботу жінки у зв'язку з виконанням нею материнської функції є доручення їй нової роботи, яка відповідатиме її фізичним можливостям.

При цьому важливо розуміти, у чому саме полягає поняття «легша робота». На жаль, трудове законодавство не дає чіткого визначення цій категорії. На нашу думку, легшу роботу можна розуміти як ту, яку зможе виконати особа, що відповідно до медичного висновку має певні особливості свого фізичного стану, що виключає в подальшому можливий негативний вплив на її здоров'я. Легша робота повинна забезпечити особі можливість реалізу-

вати її трудові здібності на рівні її тимчасових фізичних можливостей і виключити нічні, надурочні та у вихідні дні роботи, що могли би перешкодити вагітній жінці чи жінці, що має дитину, достатній час відпочивати та, як результат, негативно вплинули б на її стан.

Тому це поняття є важливим щодо забезпечення трудових прав не лише жінок, що пов'язують працю з материнством, а й інших категорій працівників, зокрема осіб, які мають проблеми зі здоров'ям і згідно з медичним висновком потребують полегшення їхньої праці.

Висновки. Отже, Конституція України, гарантуючи рівність як чоловіків, так і жінок, передбачає створення однакових можливостей у сфері трудового права. Проте, враховуючи фізіологічні особливості організму та виконання такої важливої функції, як народження і виховання дітей, законодавство передбачає надання спеціальних правових гарантій для вагітних жінок та жінок, які поєднують працю з материнством, дотримання яких повинно бути обов'язковим.

Оскільки для держави обидві соціальні функції жінки, такі як материнство та праця у суспільному виробництві, є важливими, а правові гарантії для вагітних жінок та жінок, які поєднують працю з материнством, роботодавцями не завжди дотримуються, то обов'язковим є вдосконалення законодавства.

Тому актуальним питанням лишається спільна робота законодавців та науковців щодо комплексного використання усіх необхідних механізмів та створення ефективної системи заходів, які будуть упроваджені у суспільне життя та завдяки яким будуть створені сприятливі умови для участі вагітних жінок та жінок, які поєднують працю з материнством, у трудових процесах.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України, 1996. (Верхова Рада України). Офіційний сайт Верховної Ради України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення: 12.04.2021).
2. Грекова М.М. Сучасні тенденції міжнародно-правового регулювання праці жінок. *Форум права*. 2012. № 3. С. 139–145.
3. Котова Л.В. Значення ознаки статті при характеристиці трудової правосуб'єктності працівників. *Проблеми права на зламі тисячоліть*: матеріали міжнар. наук. конференції. Дніпропетровськ. 2001. С. 491–493.
4. Про забезпечення рівних прав та можливостей жінок і чоловіків: Закон України від 08.08. 2005 р. № 2866-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2866-15#Text> (дата звернення: 12.04.2021).
5. Ветухова І.А. Особливості правового регулювання праці жінок, які поєднують роботу з материнством, та його подальше вдосконалення: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.05 – трудове право; право соціального забезпечення / І.А. Ветухова. – Харків, 2001. – 18 с.
6. Про охорону праці: Закон України від 14.10.1992 р. № 2694-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2694-12#Text> (дата звернення: 12.04.2021).
7. Кодекс законів про працю України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#n1001> (дата звернення: 10.04.2021).
8. Міжнародний захист прав і свобод людини: збірник документів.– М.: Юрид. літ., 1990. 672 с.
9. Кисельов І. Я. Порівняльне міжнародне трудове право: підручник для вузів – М.: Діло, 1999. 725 с.
10. Про відпустки: Закон України від 15. 11.1996 р. № 504/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/504/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення: 16.04.2021).

ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТРУДОВИХ ПРАВ В УМОВАХ ДИСТАНЦІЙНОЇ РОБОТИ

LABOR RIGHTS PROTECTION IN THE REMOTE WORK ENVIRONMENT

Мацегора Ю.В., магістрантка II курсу

*Інститут прикладної математики та фундаментальних наук
Національного університету «Львівська політехніка»*

Статтю присвячено вивченню головних проблем забезпечення трудових прав людини в умовах дистанційної роботи в Україні й інших країнах, а також нових викликів для суспільства, які постали внаслідок пандемії COVID-19 і залишаються актуальними дотепер.

Розкрито особливості трудового законодавства України щодо дистанційної роботи, чинного до й під час карантину. Звернено увагу на розмежування двох понять «дистанційна робота» і «надомна робота». Проаналізовано історію та різні терміни, які використовують для позначення віддаленої роботи у світі. Розглянуто історію віддаленої роботи із часів виникнення понять «телеробота» й «телекомп'ютинг» у США, виділено міжнародно-правові документи, які є основою правового регулювання в цій сфері.

Корисним для розуміння базових кроків, які необхідно здійснити для гарантування трудових прав в умовах пандемії та економічної кризи, є вивчення способів реагування на ці виклики з боку провідних держав світу. Зокрема, в статті розглянуто досвід Німеччини й Франції, які реалізують різнопланові заходи з метою полегшення становища працівників, обставини яких різко погіршилися, та надання їм соціальної допомоги. Такі заходи дозволяють зменшити рівень безробіття та уникнути кризових ситуацій.

В останній частині увагу зосереджено на загальних наслідках для суспільства теперішніх процесів у трудовій сфері. Проаналізовано результати опитувань кількох аналітичних центрів щодо впливу пандемії на становище працівників. Визначено, що значна частина працівників відчула погіршення свого матеріального становища й незадоволена теперішнім станом. Причинами цього стали звільнення, скорочення заробітної плати й мінімальна соціальна допомога. Зроблено висновок про доцільність подальшого удосконалення трудового законодавства з метою забезпечення гнучкіших трудових відносин і зменшення ризику виведення значної кількості працівників за межі регульованих правом трудових відносин.

Ключові слова: дистанційна робота, надомна робота, трудові права, соціальний захист, пандемія, працівники, роботодавці.

The article is devoted to the study of the main problems of labor rights protection in the remote work environment in Ukraine and other countries, as well as new challenges for society, which appeared as a result of the pandemic (COVID-19) and remain relevant today.

The author reveals the peculiarities of the labor legislation of Ukraine concerning remote work, valid before and during quarantine. She draws attention to the distinction between the two concepts of "remote work" and "home-based work". In the article various terms used to denote remote work in the world are analyzed and the history of remote work since the emergence of the concepts of "teleworking" and "telecomputing" in the USA is considered. Key international legal documents concerning legal regulation in this area are highlighted.

In order to understand the basic steps that need to be taken to ensure labor rights in the face of a pandemic and economic crisis, the author explores the ways in which the leading countries of the world are responding to these challenges.

In particular, the experience of Germany and France, which implement diverse measures to alleviate the situation of workers whose situation has deteriorated sharply and provide them with social assistance, is examined in the article. Such measures reduce the level of unemployment and can help to avoid crisis situations.

The last part focuses on the general implications for society of current labor processes. The results of surveys of several think tanks on the impact of the pandemic on the situation of workers are analyzed. It is determined that a significant portion of workers have felt the deterioration of their financial situation and are dissatisfied with their current condition. The reasons for this were layoffs, wage cuts and minimum amount of social assistance. It is concluded that it is expedient to further improve labor legislation in order to ensure flexible labor relations and reduce the risk of withdrawal of a significant number of workers from the labor relations regulated by law.

Key words: remote work, homework, labor rights, social protection, pandemic, workers, employers.

Вступ. Одним із найважливіших питань для українського суспільства в сучасних умовах є забезпечення трудових прав працівників, які виконують роботу дистанційно. До 17 березня 2020 р., тобто до початку введення карантину, в законодавстві України не було жодних спеціалізованих норм про віддалену роботу. Для того, щоб зменшити негативні соціальні наслідки пандемії, був поспішно прийнятий закон, який доповнює Кодекс законів про працю України положеннями про дистанційну й надомну роботу.

Загалом, нове вірусне захворювання COVID-19 вплинуло на всі сфери життєдіяльності суспільства переважною більшістю країн світу. Уряд кожної держави намагається не лише врятувати життя людей і зменшити ризик розповсюдження вірусу, але й подолати економічну кризу. Водночас аж ніяк не можна оминути увагою питання забезпечення соціально-економічних прав людини.

Причиною низки проблем у цій сфері варто вважати нечіткі формулювання трудового законодавства України й нестачу відповідних норм, а саме – не досить ураховані умови, в яких опинилися багато працівників, починаючи з 2020 р., під час врегулювання питань охорони праці, захисту конфіденційних даних, компенсацій, пов'язаних із використанням інформаційно-комунікаційних технологій вдома, соціальних виплат тощо. Недостатня деталізація

норм та їх невідповідність теперішнім реаліям підвищує ризики порушення трудових та інших прав людини.

Результати аналізу наукових публікацій. За останній час чимало науковців звернули увагу на проблеми віддаленої роботи. Зокрема, питання відмінностей у термінах у цій сфері цікавило таких авторів, як Дж. Ніллес, В. Кохан і Б. Римар. У своїх роботах С. Вишновецька виділила проблеми правового регулювання дистанційної зайнятості працівників, а Н. Лук'янова й О. Зайцева розглянули механізми захисту трудових і соціальних прав.

Метою статті є виявлення загроз і ризиків для трудових прав працівників у сучасних умовах дистанційної роботи.

1. Ранні спроби реагування на проблему дистанційної роботи

У 1972 р. американський професор Джек Ніллес уперше ввів терміни «телекомп'ютинг» і «телеробота» (*telework*), які відтоді поширилися в різних країнах. Окрім них, широко вживають також терміни «теледоступ», «віддалена робота» (*remote work*), «дистанційна робота» (*distance work*), «надомна робота» (*home-based work*) та інші. У 1973 р. Дж. Ніллес опублікував книгу під назвою «Телекомунікаційно-транспортний компроміс: варіанти для майбутнього». У ній він стверджує, що завдяки дистанційній роботі якість життя змінюється на позитивну

сторону, а саме підвищується рівень креативності, покращується особисте життя та екологія, з'являються нові можливості уникати стресу й полегшується вільне переусування [1, с. 15–61]. США – перша країна, яка в 1990 р. зробила спробу врегулювати в законодавстві проблеми дистанційної роботи.

Згодом термін «дистанційна робота» почали включати в міжнародні і європейські правові документи. У 1996 р. була прийнята Конвенція Міжнародної організації праці (далі – МОП) № 177 про надомну працю [2] та Рекомендація МОП № 184 про надомну працю [3]. У 2002 р. була укладена Рамкова угода соціальних партнерів ЄС про дистанційну роботу, в якій йшлося про покращення та осучаснення організації роботи [4].

У ст. 3 Конвенції МОП про надомну працю наголошено, що кожна держава, яка її ратифікувала, повинна періодично переглядати національну політику в галузі надомної праці, спрямовану на поліпшення становища надомних працівників. У ній також згадано про безпеку й гігієну праці, захист від дискримінації, оплату праці, систему соціального забезпечення, доступ до професійної підготовки, мінімальний вік прийняття на роботу й захист материнства [2]. Проте спромоглися ратифікувати Конвенцію лише 10 держав: Албанія (2002 р.), Ірландія (1999 р.), Аргентина (2006 р.), Нідерланди (2002 р.), Фінляндія (1998 р.), Бельгія (2012 р.), Боснія та Герцеговина (2010 р.), Болгарія (2009 р.), Нідерланди (2002 р.), Македонія (2012 р.) і Таджикистан (2012 р.). Україна ж взагалі її не підписала [5].

2. Правове регулювання дистанційної роботи в Україні й в інших державах

Унаслідок глобального поширення COVID-19 велика частина працівників у всьому світі була вимушена перейти на віддалену форму роботи. Німеччина однією з перших країн відреагувала на виклики пандемії та за короткий термін внесла зміни до законів, що регулюють трудову діяльність. Уряд переглянув податкову пільгу для працівників, які працюють із дому впродовж 2020–2021 рр., підкреслюючи, що кожен працівник, який працював виключно вдома, має право вимагати сплати податку за фіксованою ставкою «домашнього офісу» 5 євро на день. Така фіксована ставка застосовується максимум до 120 днів кожного календарного року. Максимальна щорічна надбавка для домашнього офісу, яка може бути врахована в річній податковій декларації, становить 600 євро. Фіксована ставка дозволена, навіть якщо «в домашньому офісі» немає спеціальних умов для роботи або якщо не виконуються жорсткіші вимоги щодо вирахування витрат на «домашній офіс». Також Німеччина додала до § 3 (11а) Закону про податок на прибуток (EStG) можливість для роботодавців надати своїм працівникам одноразову фінансову виплату, яка звільняє від сплачування податку й соціального страхування до 1 500 євро лише один раз впродовж року. У законі також згадується про всі спеціальні пільги й премії, що виплачуються працівникам як додаток до звичайної заробітної плати від 1 березня 2020 р. до 30 червня 2021 р. [6].

20 березня 2020 р. уряд Франції оголосив про надзвичайний стан і прийняв закон про боротьбу з епідемією COVID-19. Держава використала схему «часткова діяльність» для захисту працівників, щоб зменшити кількість розірваних трудових договорів. За нею розірвання трудових договорів поєднується зі збереженням часткової винагороди (70% валової та 84% чистої винагороди, яка виплачується державою). Для початку роботодавці повинні надати дані про виплату заробітної плати, після того держава виплачує допомогу. Варто зазначити, що процедура переходу на часткову діяльність була спрощена: заявка на часткову зайнятність подавати не обов'язково, а після припинення діяльності вона повинна бути подана впродовж 30 днів. Саме ця схема допомагає Франції зменшити рівень безробіття [7].

Україна – одна з перших держав, що відреагувала на коронавірусну інфекцію. З 11 березня 2020 р. уряд запровадив карантин, прийнявши постанову № 211 «Про запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої коронавірусом SARS-CoV-2». З того часу було прийнято чимало нормативно-правових актів, які стосуються соціальної підтримки працівників, введення обмежувальних протиепідемічних заходів, правил здійснення діяльності в різних сферах тощо. Усе це сприяло сповільненню поширення вірусу на території України, але не досить ефективно допомогло розв'язати соціально-економічні питання.

На відміну від багатьох інших держав, українське законодавство до початку пандемії не містило спеціальних норм про дистанційну роботу. Єдиним нормативним актом, який стосувався цього питання, було Положення про умови праці надомників № 275, затверджене ще в 1981 р. постановою Держкомпраці СРСР. У цьому Положенні, звісно, не йдеться про роботу з інформаційно-комунікаційними технологіями, а лише про робітничі спеціальності й «ручну» роботу [8]. Багато науковців досі не можуть дати чітке визначення понять «дистанційна робота» й «надомна робота», які не є тотожними. В. Кохан вважає, що існує дві форми надомної праці: перша – праця невисокої кваліфікації та друга – праця висококваліфікованих фахівців. Б. Римар виділяє надомну працю як пережиток минулого, посиляючись на Положення про умови праці надомників, про яке згадувалося вище. У сучасному світі дистанційні працівники забезпечені новими інформаційними технологіями для висококваліфікованої діяльності [9, с. 10–20].

У зв'язку з прогалинами в трудовому законодавстві поширилася практика неформальних домовленостей дистанційних робітників із роботодавцями про виконання трудових обов'язків без укладення чи зміни трудового договору. У березні 2020 р. у ст. 60 Кодексу законів про працю (далі – КЗпП) «Про гнучкий режим робочого часу» з'явилося визначення дистанційної або надомної роботи як такої форми організації праці, коли робота виконується працівником за місцем його проживання чи в іншому місці за його вибором, у тому числі за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій, але поза приміщенням роботодавця. Зауважимо, що ці зміни до КЗпП чітко не розмежували два різні поняття надомної та дистанційної роботи (хоча надомна робота традиційно означає роботу, пов'язану з виробничою сферою та побутовим обслуговуванням населення, а не роботою з інформаційно-комунікаційними технологіями) [10]. Невдовзі після прийняття згаданих змін до КЗпП 3 листопада 2020 р. на розгляд парламенту був поданий новий законопроект, що передбачав зміни до цієї ж статті. Відповідний закон набрав чинності 27 лютого 2021 р. Згідно з ним у КЗпП з'явилися дві окремі статті – ст. 60¹ про надомну роботу й ст. 60² про дистанційну роботу. Отже, натеper в Україні надомна робота означає форму організації праці, що передбачає наявність «закріпленої зони, технічних засобів (основних виробничих і невиробничих фондів, інструменту, приладів, інвентарю) або їх сукупності». Натомість дистанційна робота – це діяльність із використанням інформаційно-комунікаційних технологій [11].

За даними громадської організації «Лабораторія законодавчих ініціатив» було визначено три типи заходів із підтримки економіки під час кризи, які були вжиті державою, а саме: компенсація лише на рівні мінімальної зарплати, одноразові виплати для певних категорій населення (діти й пенсіонери) й програми допомоги бізнесу, які реалізують у обмеженому обсязі. Економічна ситуація в країні є не досить стабільною, що дозволяє виплачувати лише ті компенсації, які згадані вище, на відміну від країн ЄС [12]. Водночас варто зауважити, що вжиття обмежувальних заходів у зв'язку з пандемією призвело до зупинення роботи й закриття підприємств у різних сферах економічної діяльності. Багатьох працівників відправили у вимушені від-

пустки чи скоротили їм робочий день. Згадані доповнення до КЗпП створили передумови для розв'язання проблеми, проте до її повного розв'язання ще далеко. До того ж наявні тенденції дозволяють припустити подальше зниження рівня економічної активності, що супроводжуватиметься погіршенням становища працівників і намаганням усе більшої кількості роботодавців обійти норми трудового законодавства через організацію дистанційної роботи без оформлення трудового договору.

3. Вплив пандемії на становище працівників: результати опитувань

Для того, щоб краще зрозуміти, як COVID-19 негативно вплинув на соціальне й матеріальне становище працівників, було взято на розгляд та аналіз результати опитувань аналітичних центрів щодо цього питання.

За дослідженнями Міжнародної громадської організації «Соціальні ініціативи з охорони праці й здоров'я» було визначено три сфери, в яких найбільше порушуються трудові права під час пандемії COVID-19, а саме: виплата заробітної плати, оформлення відпусток без збереження заробітної плати й скорочення або звільнення працівників [13].

У жовтні 2020 р. в Україні в межах проєкту Програми розвитку ООН була проведена оцінка соціально-економічного впливу коронавірусу, яка показала, що понад 10% підприємств малого й середнього бізнесу зазнали значних фінансових втрат і були вимушені припинити свій бізнес. За даними онлайн опитування міжнародної громадської організації «Соціальні ініціативи з охорони праці й здоров'я» на запитання «Чи вплинула пандемія коронавірусу на інтенсивність Вашої роботи й умови праці?» 75,9% респондентів відповіли, що вплинула. Також опитування показало, що найбільше скарг на порушення трудових прав отримано від працівників секторів охорони здоров'я (34,5%) і соціального захисту (25,9%). Респонденти найчастіше зазначали про такі проблеми, як затримка виплат (34,5%), примусове направлення працівників у відпустку (27,6%) і відсутність або недостатнє забезпечення засобами індивідуального захисту (29,3%) [14, с. 3–4].

За даними опитування *IS InfoSapiens*, проведеного 25–29 березня 2020 р., 38% українців повідомили про зменшення своїх доходів через епідемію, 16% – про повну

втрату доходу, 14% – про втрату роботи, 10% – про фінансові збитки. У результаті 60% українців зазнали фінансових втрат [15]. 3 7 по 11 квітня 2020 р. *Київським міжнародним інститутом соціології* було проведено опитування, під час якого на запитання «Які проблеми й складнощі вас зараз турбують найбільше?» 36% респондентів відповіли: «Переживаю за здоров'я близьких», 29% – «Сильно зросли ціни на харчові продукти», 26% – «У мене виникли фінансові труднощі». Наступним запитанням було «Чи виникли у вас такі проблеми на роботі у зв'язку з карантинном?», на яке 74% опитаних відповіли «Ні, таких проблем не було», 17% – «Мені запропонували піти в неоплачувану відпустку», 6% – «Мені запропонували погодитися на зниження зарплати» [16].

Висновки. Хоча впродовж останніх десятиліть актуальність проблеми правового регулювання дистанційної роботи лише зростала, пандемія COVID-19 вивела її на цілком новий рівень. Від початку поширення нового коронавірусу у світі кожна держава намагалася максимально зменшити ризик захворюваності серед населення та зменшити економічні й соціальні наслідки. Зокрема, Німеччина й Франція створили вигідні соціальні умови для працівників, які допомогли зупинити різке зростання безробіття.

Україна теж удосконалила законодавство, результатом чого стали доповнення до КЗпП, що з-поміж іншого врегулювали питання дистанційної роботи, яку здійснюють за допомогою інформаційно-комунікаційних технологій. Проте в трудовій сфері залишається багато проблем, зумовлених як інформатизацією останніх десятиліть, так і теперішньою пандемією. Головною перешкодою на шляху їх розв'язання залишається складна економічна ситуація в країні, яка не дозволяє утримувати на рівні соціальні стандарти й зумовлює виплату з боку держави лише мінімальних компенсацій.

Розглянуті результати опитувань населення демонструють, що значний відсоток працездатних осіб не досить соціально захищений, їхні трудові права не забезпечені в повному обсязі й ситуація навряд чи покращиться в найближчому майбутньому. Отже, зважаючи на нові реалії, доцільним видається законодавче забезпечення гнучкіших трудових відносин, інакше постають значні ризики виведення значної кількості працівників за межі регульованих правом трудових відносин.

ЛІТЕРАТУРА

1. Nilles J.M. What does telework really do to us. *World Transport Policy and Practice*. 1996. № 2/1–2. P. 15–61.
2. Конвенція про надомну працю від 20 червня 1996 р. № 177 : Міжнародний документ. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_327#Text (дата звернення: 03.03.2021).
3. Рекомендація щодо надомної праці від 20 червня 1996 р. № 184 : Міжнародний документ. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/993_100#Text (дата звернення: 03.03.2021).
4. Framework agreement on telework. UNICE, UEAPME, CEEP, ETUC. URL: <https://www.buinessseurope.eu/sites/buseur/files/media/imported/2002-04059-EN.pdf> (дата звернення: 05.03.2021).
5. Ratifications of C177 – Home Work Convention, 1996 (No. 177). *International Labour Organization*. URL: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312322 (дата звернення: 13.03.2021).
6. Changes in German Employment Law in 2021. *The national law review*. URL: <https://www.natlawreview.com/article/changes-german-employment-law-2021> (дата звернення: 13.03.2021).
7. Sachs T. Covid-19 and labour law in France. *European Labour Law Journal*. 2020. Vol. 11. P. 286–329.
8. Про затвердження Положення про умови праці надомників : Постанова Органів влади СРСР від 29 вересня 1981 р *База даних «Законодавство України»*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0275400-81#Text> (дата звернення: 03.03.2021).
9. Вишновецька С.В. До питання про проблеми правового регулювання дистанційної зайнятості працівників. *Часопис НаУОА. Серія право*. 2015. № 1. С. 10–20.
10. Кодекс законів про працю України : Закон Верховної Ради УСРС від 10 грудня 1971 р. № 322-VIII. Ст. 60 за 30 березня 2020 р. / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08/ed20200402#Text> (дата звернення: 13.03.2021).
11. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо удосконалення правового регулювання дистанційної, надомної роботи та роботи із застосуванням гнучкого режиму робочого часу : закон України від 04 лютого 2021 р. № 1213-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1213-20#n6> (дата звернення: 13.03.2021).
12. Рятівне коло: Як сусіди України підтримують економіку під час корона кризи. *Лабораторія законодавчих ініціатив*. URL: <https://parlament.org.ua/2020/05/15/ryativne-kolo-yak-susidi-ukrayini-pidtrimuyut-ekonomiku-pid-chas-koronakrizi/> (дата звернення: 13.03.2021).
13. Вплив COVID-19 та карантинних обмежень на економіку України. *«Центр прикладних досліджень»*. URL: <https://www.kas.de/documents/270026/8703904/Вплив+COVID-19+та+карантинних+обмежень+на+економіку+України.+Кабінетне+дослідження+ЦПД.+Ліпень+2020.pdf> (дата звернення: 13.03.2021).
14. Лук'янова Н.О., Зайцева О.Л., Пандемія коронавірусу: правові механізми захисту трудових та соціальних прав працівників. МГО «Соціальні ініціативи з охорони праці та здоров'я». Київ, 2021. С. 3–4.
15. 60% українців зазнали фінансових збитків внаслідок епідемії корона вірусу. *IS InfoSapiens*. URL: <https://sapiens.com.ua/ua/publication-single-page?id=114> (дата звернення: 13.03.2021).
16. Оцінка успішності влади та реакція суспільства на епідемію коронавірусу та політичні події в країні. *Київський міжнародний інститут соціології «Соціологічні та маркетингові дослідження»*. URL: <https://www.kiis.com.ua/?lang=ukr&cat=reports&id=930&page=1> (дата звернення: 13.03.2021).

**ТРУДОВИЙ ДОГОВІР ЗА ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ ТА ЗАРУБІЖНИХ КРАЇН:
ПОРІВНЯЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ****EMPLOYMENT AGREEMENT UNDER THE LEGISLATION OF UKRAINE AND FOREIGN
COUNTRIES: COMPARATIVE LEGAL ANALYSIS**

Середя О.Г., д.ю.н., професор,
доцент кафедри трудового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Власюк Ю.С., студентка II курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем сучасного трудового права, а саме: порівняльно-правовому аналізу регламентації трудового договору за національним законодавством України та законодавством зарубіжних країн (Норвегія, Люксембург, Угорщина, Румунія, Республіка Франція, Федеративна Республіка Німеччина). У науковій статті досліджено питання юридичної природи трудового договору. Встановлено, що визначення поняття трудового договору у КЗпП України істотно не відрізняється від аналогічних визначень, що містяться в трудових кодексах зазначених вище країн. У статті приділено увагу висвітленню ключових особливостей, порядку укладання трудового договору, його змісту з огляду на трудове законодавство України та західноєвропейських країн, що дало змогу виявити деяку схожість, а також суттєві відмінності в правових нормах, які стосуються трудового договору, а також позитивні приклади, актуальні для впровадження в трудове право України. У процесі проведення наукового дослідження було з'ясовано, що нині трудовий договір у країнах – членах Європейського Союзу є фундаментальним основоположним документом, на основі якого забезпечується належна правова регламентація найбільш істотних аспектів трудових правовідносин, стає фундаментом європейського трудового права. Європейський вектор інтеграції, адаптація вітчизняного законодавства до законодавства ЄС зумовлюють наявність спільних рис правового регулювання трудових договорів у всіх членів зазначеного економічного та політичного об'єднання, зокрема «вимагають» цього і від України. За результатами проведеного дослідження зроблено висновок: хоча до Кодексу законів про працю України регулярно вносяться зміни, які вдосконалюють та наближають положення нормативно-правового акта до сьогоденних реалій, необхідне здійснення вдосконалення нормативної регламентації укладання трудового договору з урахуванням позитивного досвіду європейських країн.

Ключові слова: трудовий договір, трудові правовідносини, істотні умови, працівник, роботодавець, правове регулювання, Європейський Союз.

The article is devoted to one of the current the oretical and methodo-logical problems of modern labor law, namely: the study of legal regulation of the employment contract under the national legislation of Ukraine and foreign countries, including Norway, Luxembourg, Hungary, Romania, France, Federal Republic of Germany. The scientific article examines the legal nature of the employment contract. The legislative definition of the concept of employment contract in Part 1 of Art. 21 of the Labor Code of Ukraine and doctrinal approaches to its under standing. It is established that the definition of the concept of employment contract in the Labor Code of Ukraine does not differ significantly from similar definitions contained in the laborcode soft heabove countries. The article focuses on the key features, the procedure for concluding an employment contract, its content in view of the labor legislation of Ukraine and Western Europe an countries, which revealed some similarities, as well as significant differences in legal norms concerning the employment contract, as well as positive examples. For implementation in the labor law of Ukraine. There search revealed that today the employment contract in them emberstates of the European Unionis a fundamental document, which provides proper legal regulation of the most important aspects of labor relations, becomes the foundation of European labor law. The European vector of integration, the adaptation of domestic legislation to EU law presuppose the existence of common features of legal regulation of employment contracts for all members of this economic and political association, in particular, require this from Ukraine. Based on the results of the study, it was concluded that although the Labor Code of Ukraine is regularly amended to improve and bring the provisions of the legal act closer to today's realities, it is necessary to improve the regulation of employment contracts taking into account the positive experience of European countries.

Key words: employment contract, labor legal relations, essential conditions, employee, employer, legal regulation, European Union.

Поступовий перехід України в європейський правовий простір вимагає повномасштабного реформування правової системи на основі принципів, стандартів та технологій, що сформувалися на загальносвітовому рівні. Це ставить нові завдання і перед фахівцями у сфері трудового права.

В умовах таких соціально-економічних трансформацій національний ринок праці не залишається осторонь, оскільки ринок праці нині може бути охарактеризований як один із ключових індикаторів рівня розвитку суспільних відносин у сфері задоволення потреби працівників у зайнятості, а роботодавців – у використанні найманої праці [1, с. 248].

Трудовий договір є основною формою реалізації особою її потреби в трудовій зайнятості, а для роботодавця – в залученні найманої праці. Нині злободенним та до кінця невіршеним залишається питання, пов'язане з необхідністю реформування законодавства про працю України, що зумовлено тим об'єктивним фактом, що чинний Кодекс законів про працю України (далі – КЗпП), розроблений та прийнятий ще за радянських часів, «має відголоски» соціалістичного підходу до регламентації трудових пра-

вовідносин [1, с. 248–249]. У зв'язку із вищезазначеним актуальними є дослідження та аналіз позитивного досвіду зарубіжних держав у сфері регламентації процедури укладання трудового договору між працівником та роботодавцем, оскільки дієві напрацювання таких країн можуть бути використані та покладені в основу сучасних нормативно-правових актів України у сфері праці. Усе це є актуальним і в контексті євроінтеграції України, оскільки однією з умов входження України в європейський простір є адаптація національного законодавства, у тому числі і трудового, до європейських стандартів [2, с. 144].

Нині Конституція України є нормативно-правовим актом, котрий займає найвищий щабель серед інших, закріплює право кожного громадянина на працю, встановлює базові засади та ключові положення трудового законодавства. Відповідно до ст. 43 Основного Закону України кожен має право на працю, що включає змогу заробляти собі на життя працюю, яку він вільно обирає або на яку вільно погоджується [3].

Отже, одним із трудових прав людини є право на працю, реалізація якого, відповідно, здійснюється шля-

хом укладання трудового договору. У цьому контексті доцільно охарактеризувати трудовий договір як своєрідний механізм реалізації права на працю. Нині з урахуванням вагомості ролі трудового договору як універсальної підстави виникнення трудових правовідносин між працівником та роботодавцем, його значення щодо забезпечення належних умов реалізації прав та законних інтересів сторін вітчизняне трудове законодавство передбачає вичерпну, системну та ґрунтовну нормативно-правову регламентацію процедури укладання трудового договору, умови та зміст останнього. Усе це має створити належні реальні гарантії реалізації громадянами конституційного права на працю [4, с. 3].

Теоретичні та практичні проблеми укладання трудового договору досліджуються в наукових працях Н.Б. Болотіної, В.С. Венедіктова, С.В. Вишневецької, Г.С. Гончарової, О.В. Данилюка, В.В. Жернакова, М.І. Іншина, І.Я. Кисельова, О.О. Конопельцевої, К.Ю. Мельника, П.Д. Пилипенка, О.М. Потопахіної, С.М. Прилипка, В.І. Прокопенка, О.І. Процевського, Б.А. Римаря, С.О. Сільченка, Є.Б. Хохлова, Н.М. Хуторян, Г.І. Чанишевої, М.М. Шумила, О.М. Ярошенка та ін.

Традиційно розпочнемо з наведення законодавчих та доктринальних підходів до розуміння поняття «трудо-вий договір». Так, відповідно до ч. 1ст. 21 КЗпП України, трудовим договором є угода між працівником і власником підприємства, установи, організації або уповноваженим ним органом чи фізичною особою, за якою працівник зобов'язується виконувати роботу, визначену цією угодою, а власник підприємства, установи, організації або уповноважений ним орган чи фізична особа зобов'язується виплачувати працівникові заробітну плату і забезпечувати умови праці, необхідні для виконання роботи, передбачені законодавством про працю, колективним договором і угодою сторін [5].

Варто зазначити, що в кожній європейській державі регламентація процедури укладання трудового договору, беззаперечно, має специфіку, у зв'язку із чим ми можемо констатувати відсутність уніфікованого підходу до розробки певних єдиних стандартів щодо змісту, форми, загалом процедури укладання трудового договору в різних державах. Проте, як зазначає Ф.А. Цесарський, нині європейські правознавці роблять спроби стандартизації трудових договорів, що є наслідком процесів глобалізації ринків праці, міграції робочої сили, наявності загальноєвропейських нормативних актів, які регулюють трудові правовідносини. Це дає змогу виділити загальні риси правового інституту трудових договорів, які притаманні цьому виду договірних відносин на ринку праці [2, с. 145].

Ще однією особливістю регулювання укладання трудового договору в західноєвропейських країнах є те, що не закон, а саме трудовий договір є фундаментом трудових правовідносин. Саме це є ключовою відмінністю в розумінні сутності трудового договору в західній і вітчизняній правовій традиціях [6].

Дослідивши літературу, що стосується інших особливостей трудового договору в зарубіжних країнах, можемо зазначити, що нормотворці європейських країн намагаються максимально уніфікувати фіксації в положеннях трудового законодавства прав та свобод суто декларативного, номінального характеру, наприклад права на працю, при цьому в законодавстві нерідко вказуються конкретні цілі укладання трудового договору. Наприклад, у Кодексі праці Франції сказано: «Працівник приймається на роботу з умовою про випробування з метою перевірки його відповідності дорученій роботі». Аналогічні підходи є і в законодавстві Німеччини, де у 2000 році був прийнятий закон, який визначає умови праці за неповного робочого дня і обмеження строку трудового договору. Згідно зі ст. 1 закону його метою закону є «встановлення умов допустимості строкових трудових договорів і запобігання

дискримінації працівників, що уклали строкові трудові договори» [7].

Окремо варто зазначити, що західноєвропейське трудове законодавство значну увагу «приділяє» саме добровільності укладання трудової угоди. Так, європейська доктрина трудового права тлумачить добровільність укладання трудового договору як свободу вибору партнера, свободу розірвання трудового договору, свободу погоджуватися або не погоджуватися на понаднормову роботу тощо. Таким чином, трудовий договір в європейському трактуванні є добровільним, двостороннім, консенсуальним (зобов'язання сторін засновані на їх згоді), відплатним, що має в особливих випадках специфічну мету (каузу) [2, с. 145].

Що стосується особливостей форми укладання трудового договору, то тут доцільно зазначити, що в законодавстві більшості держав передбачено, що загалом форма трудового договору є вільною і залежить від волі сторін, проте в колективному договору або законодавстві в імперативному порядку можуть бути передбачені обов'язкові випадки дотримання письмової форми для певних видів трудового договору. Насамперед державній регламентації піддаються основні, принципові питання взаємодії сторін трудових правовідносин. Щодо конкретних умов праці (тривалість робочого часу, розмір заробітної плати і т. ін.) законодавець обмежується встановленням лише основних положень, з урахуванням яких сторони можуть за взаємною згодою визначати їх у трудових договорах. Така законодавча практика приводить до того, що, незважаючи на певну стандартизацію трудових договорів, які укладаються в країнах Європейського Союзу, саме правове регулювання трудового договору характеризується значною диференціацією, що враховує різноманітність і специфіку праці різних категорій працівників, форм зайнятості, умов праці, професійних особливостей трудової діяльності та ін. [2, с. 148].

Наприклад, законодавство Норвегії передбачає такі обов'язкові умови трудового договору: найменування сторін; місце роботи; трудова функція; дата початку роботи; передбачувана тривалість роботи при укладанні строкового договору; тривалість щорічної оплачуваної відпустки; тривалість терміну попередження про розірвання трудового договору сторонами; заробітна плата, в тому числі надтарифна надбавка; заводські пенсії; нормальна тривалість робочого дня і робочого тижня; випробувальний строк [8].

У Люксембурзі трудові договори мають містити дані про трудову функцію працівника, тривалість робочого часу, розмір заробітної плати, випробувальний строк, тривалість договору, якщо він укладений на строк, а також специфічні умови, внесені в договір за угодою сторін. В Італії в галузевих колективних договорах зазвичай встановлено, що підприємець зобов'язаний надати своєму працівникові під час найму письмовий документ, в якому мають бути визначені: дата початку роботи, місце роботи, трудова функція, заробітна плата та інші умови, погоджені сторонами [9].

У трудовому праві ФРН діє принцип свободи договору, який встановлює, що сторони вільні включати в трудовий договір всі питання, що стосуються діяльності працівника на цьому підприємстві. Зокрема, у зміст трудового договору можуть бути включені такі істотні умови, як вид виконуваної роботи, тривалість робочого часу, відпусток та ін. За законодавством Італії у трудовий договір включається умова про тривалість робочого дня і робочого тижня [9].

Відповідно до румунського законодавства, як правило, договір особистого найму укладається на невизначений строк. Разом із тим договір особистого найму може бути укладений на певний строк (до двох років) як тимчасова трудова угода. Договір найму на певний строк укладається у разі тимчасового підвищення ділової активності роботодавця, під час сезонних робіт, у разі заміни найманого пра-

цівника, коли дія договору його найму тимчасово припинена, у випадках, передбачених законом, із метою надання допомоги певним категоріям безробітних [9].

Ознайомившись із положеннями законодавства країн Європейського Союзу, вважаємо за доцільне зосередити увагу на потребі реформування національного трудового законодавства, необхідності прийняття Трудового кодексу України (далі – Трудовий кодекс), що зумовлено змінами системи суспільних відносин в Україні, які безпосередньо пов'язані з працею [10]. Виникла величезна низка проблем різної визначеності, що мають вирішуватись засобами трудового права. Підготовка нового кодифікованого акта в цій сфері пояснюється також тим, що основу трудового законодавства України нині становить Кодекс законів про працю, який був прийнятий ще 10 грудня 1971 року, і більшість норм не відповідають вимогам сучасності.

Так, наприклад, у проєкті Трудового Кодексу № 2410 від 08.11.2019 р. (далі – Проєкт) пропонується комплексний підхід щодо вирішення індивідуальних трудових відносин (Книга друга Проєкту присвячена детальній регламентації індивідуальних трудових відносин), а також кодифікації й уніфікації законодавчих актів із цих питань (Книга перша Проєкту містить положення про систему нормативно-правових актів, що регулюють трудові відносини. Основним із цих актів визнається Трудовий кодекс).

Крім того, норми Проєкту спрямовані на адаптацію трудового законодавства України до Європейської соціальної хартії (переглянутої) і інших міжнародно-правових актів – Загальної декларації прав людини, Міжнародного пакту про економічні, соціальні і культурні права, конвенції Міжнародної організації праці (№№ 29, 81, 87, 95, 98, 100, 111, 105, 129, 131, 132, 140, 144, 154, 155, 156, 158, інші) і відповідних їй рекомендацій, а також актів Європейського Союзу. У Проєкті враховано норми: Директиви Ради 2001/23/ЄС від 12 березня 2001 року про наближення законів держав-членів, що стосуються охорони прав службовців у разі передачі підприємств, бізнесових структур або частин підприємств або бізнесових структур – у частині надання інформації представникам службовців про передачу під-

приємств, бізнесових структур або частин підприємств або бізнесових структур; 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; Директиви Ради 2004/113/ЄС від 13 грудня 2004 р. про імплементацію принципів рівності чоловіків і жінок у доступі до товарів і надання послуг – у частині покладення тягаря доказування на відповідача, коли представлено докази дискримінації; Директиви Ради 98/59/ЄС від 20 липня 1998 р. про наближення законодавств членів щодо колективного звільнення – в частині надання поняття масового звільнення; 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/ЄС), – у частині надання працівнику письмової інформації про умови трудового договору.

Окрім того, позитивним кроком законодавця є те, що в аналізованому Проєкті надається визначення «трудова відносин», що дасть змогу протистояти підміні трудових договорів цивільно-правовими угодами, статусом суб'єкта підприємницької діяльності та іншим сурогатним формам, за допомогою яких працівник виводиться з-під захисної дії трудового законодавства; запроваджується обов'язковість укладення трудового договору між роботодавцем і працівником у письмовій формі. При цьому вже в самому Проєкті фіксуються основні складники трудового договору.

Отже, євроінтеграційні процеси в Україні вимагають від вітчизняного законодавця не тільки суто формального, номінального перегляду чинного трудового законодавства в частині відповідності останнього загальноприйнятим західноєвропейським еталонам, а й комплексної, системної адаптації вітчизняного законодавства щодо вдосконалення наявних засобів захисту прав як працівників, так і роботодавців як сторін трудового договору. Доцільно нині передбачити обов'язковість укладення трудового договору між роботодавцем і працівником у письмовій формі, при цьому вже в самому Кодексі зафіксувати основні складники трудового договору.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бондар О.С. Трудовий договір як підстава виникнення трудових правовідносин в Україні та Канаді: порівняльний аналіз. *Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 248–252.
2. Цесарський Ф.А. Особливості правового регулювання змісту, умов та форми трудового договору в країнах Європейського Союзу. *Вісник Академії правових наук України*. 2011. № 1. С. 144–151.
3. Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 року № 254к/96-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80> (дата звернення 18.04.2021).
4. Наньєва М.І. Укладення трудового договору за законодавством України та окремих зарубіжних країн : дис. ... канд. юрид. наук. Одеса, 2017. 205 с.
5. Кодекс законів про працю України : Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/322-08#Text> (дата звернення 18.04.2021).
6. Вердье Ж.М. Вклад международных стандартов в области труда в трудовое законодательство Франции. *Международный обзор труда*. 1994. Т. 132. № 4/6. С. 117–130.
7. Zollner W. Arbeitsrecht für Ausländer in Deutschland. München: Verlag C. H. Beck, 2007. 162 p.
8. Прудніков В.А. Обов'язкові умови трудового договору в Україні та зарубіжних державах: спроба порівняльно-правового аналізу. URL: <http://www.apdp.in.ua/v63/56.pdf> (дата звернення 18.04.2021).
9. Трудовий договір у Європейських країнах. URL: <http://refs.com.ua>. (дата звернення 18.04.2021).
10. Проєкт Трудового Кодексу № 2410 від 08.11.2019 р. URL: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67331 (дата звернення 18.04.2021).

ДО ПИТАННЯ ВДОСКОНАЛЕННЯ МЕДИКО-СОЦІАЛЬНОЇ ЕКСПЕРТИЗИ: ВІД ТЕОРІЇ ДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

TO THE QUESTION OF IMPROVEMENT MEDICAL AND SOCIAL EXAMINATION: FROM THEORY TO JUDICIAL PRACTICE

Трюхан О.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри трудового права та права соціального забезпечення
Національний університет «Одеська юридична академія»

У статті зазначається, що протягом останніх років проблема інвалідності в Україні набула особливої актуальності. В Україні налічується понад 2,7 млн осіб зі статусом інвалідності, що становить 5,2% від усього населення. Зазначені цифри далеко не повною мірою відображають реальний стан речей, адже значна кількість людей, маючи вагомі проблеми зі здоров'ям, так і не набуває офіційного статусу «особа з інвалідністю» через те, що з багатьох причин не звертаються до відповідних закладів охорони здоров'я. Стверджується, що за останні роки в нашій країні прослідковується тенденція щодо значного збільшення кількості осіб з інвалідністю. Це пов'язано із загальним зростанням кількості осіб з інвалідністю в країні, зокрема через воєнні дії на сході.

На жаль, значна кількість людей, маючи вагомі проблеми зі здоров'ям, проблематично набувають офіційного статусу «особа з інвалідністю», про що свідчить судова практика. Проаналізована судова практика, і сформульований висновок, що найчастішими відмовами МСЕК для призначення групи інвалідності є недообстеження, недостатність обґрунтування хвороби, відсутність деяких (уточнюючих) лікарських записів, у зв'язку з чим неможливо визначити ступінь інвалідності, недостатність діагнозів чи симптомів тощо.

Акцентовано на тому, що основна задача МСЕК – реабілітація осіб з інвалідністю. Досліджена низка наукових публікацій із цієї проблематики, що містять пропозиції вчених щодо вдосконалення перспективного законодавства стосовно проявів дискримінації за ознакою інвалідності.

Зроблені загальні висновки. Обґрунтовано, що нині держава ставить важливе завдання – створення безперешкодного життєвого середовища, що сприятиме підвищенню соціальної адаптації осіб з інвалідністю. Це дасть їм змогу брати активну участь у суспільному житті.

Ключові слова: інвалідність, особа з інвалідністю, медико-соціальна експертиза, медико-соціальна експертна комісія, медичне обстеження, індивідуальна програма реабілітації.

It is appropriate to emphasize that in recent years the problem of disability has become especially relevant in Ukraine. Accordingly, there are more than 2.7 million people with disability status in Ukraine, which is 5.2% of the total population. These figures do not fully reflect the real state of affairs, as a significant number of people with serious health complications do not acquire official status as persons with disabilities, due to the fact that they do not apply to the relevant health care facilities for many reasons. The urgency of this topic is enhanced by the fact that there has been a tendency to significantly increase the number of people with disabilities in recent years in our country. This is observed, in particular, due to the military activity in the East of Ukraine.

As mentioned above, unfortunately, a significant number of people with serious health complications have difficulty obtaining official status as a person with a disability, as evidenced by the case law. Analyzing the case law, we can conclude that the most frequent refusals of MSEC to appoint a disability group are as follows: under examination, lack of justification of the disease; the absence of some (clarifying) medical records, so it is impossible to determine the degree of disability; lack of diagnoses or symptoms, etc.

A number of scientific publications, which contain proposals of scientists to improve long-term legislation on discriminate on the grounds of disability, have been studied.

Summarizing the above, we can conclude that the problem of disability was and remains branched. It is worth noting that today the state sets an important task - to create a barrier-free living environment that will enhance the social adaptation of persons with disabilities and allow them to take an active part in public life.

Key words: invalidity, a person with a disability, medical and social examination, medical and social expert commission, medical examination, individual rehabilitation program.

Конституція України (ст. 3) визначає, що людина, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканість і безпека визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Права і свободи людини та їх гарантії визначають зміст і спрямованість діяльності держави [1].

Актуальність теми цього дослідження полягає в тому, що за останні роки в нашій країні прослідковується тенденція щодо значного збільшення кількості осіб з інвалідністю. Щороку 3 грудня у світі відзначається Міжнародний день людей з інвалідністю, який проголошено Генеральною Асамблеєю ООН у 1992 році. В Україні офіційне відзначення Міжнародного дня осіб з інвалідністю затверджено Указом Президента України від 27 листопада 1993 року. Проведення Міжнародного дня осіб з інвалідністю спрямоване на привертання уваги до проблем цієї категорії суспільства, захист їх гідності, прав та благополуччя.

Посиліло актуальність цієї тематики й та обставина, що система медико-соціальної експертизи вимагає реформування. У літературі звертається увага на те, що потрібно створити незалежну експертну комісію, окрім цього, чи не найбільше звернень громадян стосуються порушенням захисту прав осіб з інвалідністю. Масовими є випадки, коли права осіб з інвалідністю, які справді потребують

соціального захисту з боку держави, обмежуються і систематично порушуються, про що свідчать численні скарги, публікації у ЗМІ про зловживання медико-соціальної експертної комісії (далі – МСЕК). На жаль, у багатьох осіб з інвалідністю слово МСЕК нині асоціюється також із моральним приниженням. Вважаємо, що саме особи з інвалідністю – це люди, які, як ніхто, потребують підтримки держави та оточення.

Дослідженню окремих аспектів захисту прав осіб з інвалідністю присвячені наукові праці вчених: В.С. Андреева, Н.Б. Болотіної, М.О. Буянова, В.С. Венедиктова, В.М. Догадова, В.В. Жернакова, Т.З. Гарасимова, Г.С. Гончарова, М.Л. Захарова, С.І. Кобзева, С.І. Богданова, О.С. Мачульської, В.В. Москаленко, П.Д. Пилипенко, О.І. Процевського, Н.М. Стаховської, Є.Г. Тучкова, Я.М. Фогель, М.Й. Флястер, О.М. Ярошенко та ін. Незважаючи на наявність певних наукових праць, вважаємо, що зазначена проблема не є до кінця вивченою і дослідженою, а деякі проблеми в цій сфері залишаються невирешеними.

Метою дослідження є визначення теоретико-правових положень, пов'язаних із реалізацією прав осіб з інвалідністю в процесі проходження медико-соціальної експертизи, а також внесення пропозицій щодо вдосконалення законодавства в цій сфері.

В усьому світі приділяється велика увага соціальному захисту осіб з інвалідністю, аби люди з інвалідністю не зазнавали дискримінації. Варто наголосити, що дискримінація за ознакою інвалідності забороняється законом [2].

Встановлення інвалідності в Україні здійснюється виключно МСЕК. В Україні функціонування медико-соціальної експертизи пов'язане з багатьма проблемами, зокрема, непрозорістю роботи, відсутністю громадського контролю, а також недосконалістю нормативного забезпечення. Практика показує, що люди з інвалідністю щоденно стикаються з численними проблемами, пов'язаними з порушеннями їхніх прав. Варто констатувати той факт, що проблемним також залишається доступ громадян і до приміщення, де знаходяться МСЕК, а також реалізація прав осіб з інвалідністю в процесі проходження медико-соціальної експертизи.

Варто констатувати, що прийнято низку важливих міжнародних нормативно-правових актів. Важливу роль у розвитку міжнародного співробітництва з питань прав осіб з інвалідністю відіграють Конвенція про права осіб з інвалідністю і Факультативний протокол до неї, які були прийняті Генеральною Асамблеєю ООН 13.12.2006 року (резолюція 61/106) і набули чинності 03.05.2008 року [3]. Окрім цього, низка актів МОП присвячена соціальної підтримці працівників, які отримали важкі ушкодження здоров'я внаслідок нещасного випадку на виробництві або професійного захворювання, що призвели до інвалідності.

Варто віддати належне національному законодавству, яке має нормативно-правове підґрунтя з питань медико-соціальної експертизи. Базовим нормативним актом є Конституція України. Окрім цього, нині МСЕК у своїй роботі керується багатьма законами та підзаконними нормативно-правовими актами, зокрема це Закон України «Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні» від 06.10.2005 року, Закон України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» від 21.03.1991 року, Основи законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 року, Положення про питання медико-соціальної експертизи і Положення про індивідуальну програму реабілітації та адаптації особи з інвалідністю, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 03.12.2009 року № 1317 та іншими. Також є чимало внутрішніх інструкцій та наказів, якими керуються працівники МСЕК у своїй діяльності, зокрема, Наказ МОЗ України «Про затвердження Інструкції про встановлення груп інвалідності» від 05.09.2011 року № 561 та інші, що регулюють правовідносини в цій сфері. Отже, нормативна база є забезпечена, водночас виявлено низку проблем, які потребують вирішення на законодавчому рівні, що сприятиме покращенню реалізації медико-соціальної експертизи та діяльності комісії.

У літературі зазначається, що медико-соціальна допомога в нашій країні пройшла тернистий шлях від надання соціальної підтримки особам з інвалідністю до сучасного формування системи медико-соціальної експертизи та реабілітації. Так, у 1908 році у Катеринославі (нині м. Дніпро) були організовані перші лікарські консультаційні бюро (ЛКБ). З цього часу почався активний розвиток спеціалізованої мережі установ для проведення лікарської експертизи працездатності (Харків, Баку, Одеса). У той час бюро створювалися за ініціативою медичної громадськості, а тому їх структура розроблялася на місцях. Здебільшого це були приватні установи, головне завдання яких полягало в оцінці працездатності хворих з урахуванням характеру захворювання або травми. До складу ЛКБ, які розміщувалися на базі міських лікарень, входило від трьох до п'яти лікарів. Отже, організація ЛКБ була прогресивним кроком у створенні служби медико-соціальної експертизи працездатності [4].

Доцільно звернути увагу на те, що у СРСР існувала єдина система надання державної соціальної допомоги

людям із пошкодженням здоров'я, що базувалася на факті втрати працездатності [5, с. 575]. Огляд громадян для отримання державної допомоги проводили лікарсько-трудова експертні комісії (ЛТЕК), що входили до складу Міністерства соціального забезпечення, яке проводило практично усю роботу з надання медико-соціальної допомоги інвалідам усіх категорій.

Слід зазначити, що з 1991 року медико-соціальна експертиза знаходиться у веденні МОЗ України. Після здобуття незалежності України змінилися принципи надання медико-соціальної допомоги. Насамперед, основним критерієм інвалідності стало зменшення життєдіяльності відповідно до міжнародних стандартів, а не втрата працездатності [6, с. 342]. У зв'язку з цим лікувально-трудова експертні комісії були перейменовані в медико-соціальні експертні комісії [7, с. 458].

Варто констатувати той факт, що основна задача МСЕК – реабілітація осіб з інвалідністю. Зазначимо, що в Україні (на 2020 рік) діяло 363 МСЕК. У них працює близько 2000 осіб, більшість – лікарі. Державна робота МСЕК коштує близько 160 млн грн. на рік. Зокрема, в Україні система медико-соціальних експертних комісій досі підпорядкована МОЗ, а не центральному органу виконавчої влади з питань соціальної політики, як це є в країнах Європи (Німеччина, Фінляндія, Швеція, Норвегія, Франція).

Варто звернути увагу, що обов'язок визначення стану працездатності взагалі та ступеня втрати професійної працездатності покладено на МСЕК, що регулюється Постановою Кабінету Міністрів України «Питання медико-соціальної експертизи» № 1317 від 03.12.2009 року. Так, відповідно до Положення про медико-соціальну експертизу, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 03.12.2009 року № 1317, медико-соціальна експертиза проводиться хворим, що досягли повноліття, особам з інвалідністю, потерпілим від нещасного випадку на виробництві та професійного захворювання з метою виявлення ступеня обмеження життєдіяльності, причини, часу настання, групи інвалідності, а також компенсаторно-адаптаційних можливостей особи, реалізація яких сприяє медичній, психолого-педагогічній, професійній, трудовій, фізкультурно-спортивній, фізичній, соціальній реабілітації.

Необхідно зазначити, що основними завданнями медико-соціальної експертизи є такі: науково обґрунтована оцінка обмеження життєдіяльності людини, в тому числі й стану працездатності, визначення групи, причини і часу настання інвалідності при різних захворюваннях, травмах і каліцтві; вивчення причин втрати працездатності, опрацювання та реалізація заходів, спрямованих на запобігання тимчасовій непрацездатності та інвалідності; організація та проведення реабілітаційних заходів і визначення показань до різних видів соціальної допомоги хворим та особам з інвалідністю; оцінка стану здоров'я населення і прогноз динаміки захворюваності і первинної інвалідності тощо.

Для того, щоб пройти медико-соціальну експертизу, необхідно: звернутися до закладу охорони здоров'я за місцем проживання; пройти повне медичне обстеження з визначенням діагнозу та оцінкою соціальних потреб; отримати направлення для проходження МСЕК від лікувально-профілактичного закладу.

Зазначимо, що фахівці МСЕК зобов'язані ознайомити особу (законного представника) з порядком, умовами та критеріями встановлення інвалідності, а також надати роз'яснення з інших питань, що пов'язані з встановленням групи інвалідності, на вимогу особи (законного представника) або в разі її незгоди з рішенням МСЕК. Варто звернути увагу на те, що комісія проводить огляд тимчасово непрацездатної особи, що звернулася для встановлення інвалідності, протягом семи днів із дня надходження

документів на МСЕК. Якщо комісія не прийняла рішення про продовження терміна тимчасової непрацездатності, листок непрацездатності закривається датою проведення огляду, але не пізніше дати встановлення особи групи інвалідності. Інвалідність поновлюється МСЕК із дня її зупинення, але не більше ніж за три роки, якщо термін перегляду особи пропущено з поважних причин.

Доцільно акцентувати на тому, що за результатами огляду МСЕК видає особі, яку визнано особою з інвалідністю, довідку встановленого зразка із зазначенням групи інвалідності та індивідуальну програму реабілітації (далі – ППР). Зазначимо, що законодавством також визначені причини інвалідності [8].

Щодо діяльності МСЕК варто вказати, що це є болюче питання в нашій країні, оскільки, як зазначається в пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України щодо підвищення соціальної захищеності інвалідів в Україні» № 4803 від 13.06.2016 р. (який був відкликаний 29.08.2019 р.), «діяльність таких комісій має вкрай непрозорий і закритий характер».

У літературі акцентується на тому, що МСЕК вважається однією з найбільш корумпованих установ у сфері державної соціальної політики. Непоодинокі є факти, коли інвалідність та пов'язане з нею відповідне пенсійне забезпечення в комісіях МСЕК можна отримати за хабар. Масовими є випадки, коли права осіб з інвалідністю, які справді потребують соціального захисту з боку держави, обмежуються і порушуються, про що свідчать численні скарги, публікації у ЗМІ про корупцію і зловживання у МСЕК [9].

Варто констатувати, що для осіб, які звертаються для встановлення інвалідності, проводиться медико-соціальна експертиза, однак через корупційний фактор і непрозорість процедур робота МСЕК пов'язана з багатьма проблемами, одна з яких – це повторний огляд осіб з інвалідністю для чергового підтвердження свого стану. Зокрема, громадяни звертаються зі скаргами на рішення МСЕК стосовно встановлення групи інвалідності та проведення повторних оглядів, оскільки вказані висновки МСЕК, як зазначали заявники, не відповідають фактичному стану їх здоров'я. Вказані питання особливо актуальні для громадян, яким група інвалідності встановлена на певний термін, після завершення якого вони мають проходити перегляди у МСЕК. Заявники також потребували надання роз'яснень щодо порядку та критеріїв визначення інвалідності для осіб зі стійким розладом функцій організму.

Аналізуючи судову практику щодо проходження громадянами медико-соціальної експертної комісії, можна визначити ефективність судового захисту прав осіб з інвалідністю, з'ясувати проблеми, з якими найчастіше стикаються громадяни. Як зазначається у ЗМІ, в Єдиному реєстрі судових рішень є вирокі щодо хабарів під час отримання інвалідності. На жаль, ЗМІ констатують, що лише один вирок суду передбачив реальний строк за ґратами для хабарника. Також зазначається, що більшість обвинувачених визнавали свою вину і йшли на угоду зі слідством. Їм було призначено сплатити штраф, але у 40% випадків він не перевищував суму хабаря [10].

Як зазначалось вище, періодично у ЗМІ з'являються повідомлення про корупційні діяння щодо порушення прав осіб з інвалідністю. Аналізуючи рішення судів, можна побачити конкретні життєві ситуації, які винесені на розгляд суду. На підтвердження вищезазначеного варто звернути увагу на судову практику, зокрема, справу 333/6365/17. Так, Комунальський районний суд м. Запоріжжя розглянув у відкритому судовому засіданні в приміщенні суду кримінальне провадження № 42017081020000098 за обвинуваченням Особи 2 у вчиненні злочину, передбаченого ч. 1 ст. 190 КК України. Суд визнав Особу 2 винною у злочині з іншою кваліфікацією – за ст. 190 КК України (шахрайство) та призначив їй 850 грн штрафу [11].

Вважаємо, що дійсно є потреба у створенні незалежної експертної комісії, що і передбачає законопроект від 13.06.2016 року № 4803. Адже в законопроекті № 4803 звертається увага на якість підготовки в системі МСЕК ППР осіб з інвалідністю, якою займаються переважно представники медичної сфери. На жаль, якість підготовки ППР нині перебуває на низькому рівні. Вважаємо, що це позбавляє мільйони осіб з інвалідністю в Україні можливостей ефективної соціальної інтеграції та повноцінного життя, прирікає їх на соціальну ізоляцію. На наш погляд, слушною є пропозиція щодо суттєвого підвищення ефективності підготовки і виконання ППР осіб з інвалідністю, а також посилення контролю щодо складання та виконання індивідуальних планів реабілітації осіб з інвалідністю. Тому доцільно наголосити на тому, що необхідність закону щодо підвищення соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні є очевидною.

У літературі зазначається, що судова практика є важливим джерелом дослідження та підтвердження порушення права, наявних проблем у певній сфері правового регулювання. Вважаємо за доцільне погодитись із думкою деяких авторів, які, аналізуючи окремі судові справи у своєму науковому дослідженні із зазначеної проблематики, констатують, що судова практика стає на захист прав громадян, якщо не виконується ППР. У цій справі суд вважає позовні вимоги позивача обґрунтованими, а позов – таким, що підлягає задоволенню (<http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/11598069>) [12]. Окрім цього, позивачка домоглася не лише видачі їй ППР особи з інвалідністю, а й виконання в судовому порядку. Вважаємо, що це яскравий приклад того, як треба боротися за свої права.

Судова практика не завжди стає на захист прав громадян, якщо не виконується ППР інвалідності. Зокрема, необхідно зосередити увагу на порядку оформлення та заповнення ППР особи з інвалідністю. Слід звернути увагу на судову практику, зокрема справу 560/1809/19. Так, Хмельницький окружний адміністративний суд, розглянув адміністративну справу за позовом Особи 1 до Хмельницької міжрайонної травматолого-офтальмологічної медико-соціальної експертної комісії комунального закладу охорони здоров'я «Хмельницький обласний центр медико-соціальної експертизи» про визнання дій та бездіяльності незаконними, а також стягнення моральної шкоди. Так, позивач звернувся до суду, в якому просить визнати дії та бездіяльність відповідачів стосовно умисного позбавлення позивача реабілітаційних, абілітаційних послуг, санаторно-курортного лікування, яке визначене Державною типовою програмою реабілітації осіб з інвалідністю і є державними гарантіями в період дії ППР осіб з інвалідністю за відповідний період – незаконними, а також просить стягнути завдану моральну шкоду.

В обґрунтування позовних вимог позивач стверджує, що з 2013 року є особою з інвалідністю I групи по зору і згідно з законодавством відповідач зобов'язаний розробити йому ППР. Акцентується на тому, що складена індивідуальна програма його реабілітації за певний період, в якій він позбавлений усіх видів реабілітації, окрім трудової, а також непризначення вивчення шрифту відповідачем є незаконним, у зв'язку із чим він звернувся до суду за захистом своїх порушених прав. Позивач також зазначає, що позбавлення його державних гарантій реабілітації є тривалою, системною дискримінацією особи з інвалідністю, оскільки позивач позбавлений належних державних можливостей адаптуватись до суспільства, підтримувати стан здоров'я, та просить позов задовольнити повністю.

Своєю чергою представник комунального закладу охорони здоров'я «Хмельницький обласний центр медико-соціальної експертизи» надав до суду відзив, в якому останній зазначає, що позов є безпідставним та таким, що не підлягає задоволенню. Окрім цього, зазначається, що

в процесі отримання ІПР особи з інвалідністю ні позивач, ні особа, що його супроводжувала, жодних зауважень та побажань щодо змісту та обсягу реабілітаційних заходів не висловлювали, тому запропоновано в задоволенні позову відмовити в повному обсязі.

Суд, дослідивши наявні в матеріалах справи докази, дійшов висновку, що під час розроблення ІПР особи з інвалідністю відповідач не допускала протиправну бездіяльність, а діяла в межах законодавства. Враховуючи викладене, суд вважає, що відсутні підстави для задоволення позовної вимоги, а щодо вимоги про стягнення з відповідача на користь позивача моральної шкоди в сумі 30 000 грн суд вважає, що позивач не надав до суду жодних доказів, які підтверджують факт наявності моральної шкоди [13].

Деякі вчені, які працюють над цією проблемою, зокрема В.П. Мельник, зазначають, що одним із варіантів розвитку законодавства, реалізації положень Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю є розробка та ухвалення Кодексу про права осіб з інвалідністю, який би чітко та системно регламентував відносини соціального захисту інвалідів [14]. Зазначена наукова позиція, на нашу думку, заслуговує на підтримку.

Аналізуючи законодавство, варто констатувати, що, на жаль, нині в Україні зазначені вище нормативно-правові акти або неналежно виконуються або не виконуються взагалі. Безперечно, не можна не звернути увагу на інформацію, що в 2020 році розпочалася робота щодо розробки нової Концепції реформування медико-соціальної експертизи в Україні та опрацювання пропозицій до проекту Постанови Кабінету Міністрів України «Про внесення змін до постанови Кабінету Міністрів України від 03.12.2009 року № 1317». Вважаємо, що такий крок є вкрай необхідним та актуальним. Варто зазначити, що в Концепції чітко окреслені основні проблеми в системі медико-соціальної експертизи в окремих групах.

Варто зазначити, що був прийнятий Закон України «Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я» від 03.12.2020 року. Закон визначає правові, організаційні та економічні засади проведення реабілітації особи з обмеженнями повсякденного функціонування у сфері охорони здоров'я з метою досягнення та підтримання оптимального рівня функціонування в середовищі [15]. Ще одним нормативно-правовим актом, який стосується соціального захисту осіб з інвалідністю, покращення їхнього доступу до медицини, освіти, праці, об'єктів фізичного оточення, став Указ Президента України «Про підвищення ефективності заходів у сфері прав осіб з інвалідністю» від 03.12.2019 року № 875/2019 [16]. Відповідно до вищезазначеного Указу мають бути створені умови для реалізації особами з інвалідністю гарантованих їм прав та свобод, підвищення рівня доступності для них соціальних, медичних, освітніх та інших послуг, створення середовища без перешкод.

Можна дійти висновку, що правова основа медико-соціальної допомоги в Україні потребує подальшого удосконалення. Одним із важливих повноважень МСЕК є складання та корегування ІПР осіб з інвалідністю, в якій визначаються види реабілітаційних заходів та термін їх виконання. На наш погляд, потребують підвищення ефективності підготовка і виконання індивідуальних програм реабілітації осіб з інвалідністю, а також посилення контролю за складанням та виконанням ІПР осіб з інвалідністю. Варто акцентувати на тому, що правильне складання ІПР осіб з інвалідністю є необхідною умовою подальших позитивних змін стану здоров'я особи з інвалідністю. Тому доцільно наголосити на тому, що підвищення соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні, зокрема підвищення якості медичного обстеження, своєчасність та обґрунтованість направлення громадян на медико-соціальну експертизу є очевидними.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України : прийнята на п'ятій сесії Верховної Ради України 28.06.1996 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141 (дата звернення: 28.04.2021 р.).
2. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні : Закон України від 21.03.1991 р. № 875-XII. *Відомості Верховної Ради УРСР*. 1991. № 21. Ст. 252 (дата звернення: 28.04.2021 р.).
3. Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю, прийнята резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 13.12.2006 р. URL: <http://zakon.rada.gov.ua> (дата звернення: 28.04.2021 р.).
4. Хобзей М.К. Аналіз сучасного стану реабілітації інвалідів в Україні. URL: <http://cyberleninka.ru/article/n/analiz-suchasnogo-stanu-reabilitatsiyi-invalidiv-v-ukrayini/viewer/> (дата звернення: 28.04.2021 р.).
5. Справочник документов по трудоустройству инвалидов / под ред. П.А. Маккавейского. Ленинград : Медицина, 1981. 575 с.
6. Международная классификация функционирования, ограниченный жизнедеятельности и здоров'я / перевод Г.Д. Шостка, В.Ю. Ряснянский, А.В. Квашин и др. Женева : ВОЗ, 2001. 342 с.
7. Нормативно-правові матеріали з питань інвалідності (короткий довідник) / укладач М.Ю. Малий. Дніпропетровськ, 2006. 458 с.
8. Питання медико-соціальної експертизи : Постанова Кабінету Міністрів України від 03.12.2009 р. № 1317. *Офіційний вісник України*. 2009. № 95. Ст. 3265 (дата звернення: 28.04.2021 р.).
9. Про внесення змін до деяких законів України щодо підвищення соціальної захищеності інвалідів в Україні : проект Закону України від 13.06.2016 р. № 4803. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/> (дата звернення: 28.04.2021 р.).
10. Білецька І., Бондар Д., Садовник А., Стратонов О., Ульянова О. «Місце торгу та корупції»: розслідування про роботу медико-соціальних експертних комісій. Джерело *UA: Перший*. URL: <https://4vlada.com/mistse-torgu-ta-korupsiy-rosliiduvannia-pro-robotu-mediko-sotsialnyh-ekspertnyh-komisij> (дата звернення: 28.04.2021 р.).
11. Рішення Комунального районного суду м. Запоріжжя у справі № 333/6365/17. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://www.reestr.court.gov.ua/Review/82647944>. (дата звернення: 28.04.2021 р.).
12. Багній М., Коваль О., Яцків Т. Стан медико-соціальної експертизи в Україні та шляхи покращення її реалізації: громадський аналіз та рекомендації. URL: <http://www.irf.ua/files/ukr/programs/health/ph-2014-1-24.pdf>. (дата звернення: 28.04.2021 р.).
13. Рішення Хмельницького окружного адміністративного суду у справі № 560/1809/19. URL: <http://youcontrol.com.ua/catalog/court-document/83904880> (дата звернення: 28.04.2021 р.).
14. Мельник В.П. Законодавчі засади правового регулювання реабілітації інвалідів: сучасний стан та напрями удосконалення. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Сер.: Право. 2014. № 2. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Choasp_2014_2_22. (дата звернення: 28.04.2021 р.).
15. Про реабілітацію у сфері охорони здоров'я : Закон України від 03.12.2020 р. № 1053-IX. *Офіційний вісник України*. 2021. № 3. Ст. 121 (дата звернення: 28.04.2021 р.).
16. Про підвищення ефективності заходів у сфері прав осіб з інвалідністю : Указ Президента України від 03.12.2019 р. № 875/2019. URL: <http://www.president.gov.ua/documents/8752019-30781> (дата звернення: 28.04.2021 р.).

ДИСТАНЦІЙНА ЗАЙНЯТІСТЬ: СУЧАСНИЙ СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ РОЗВИТКУ**REMOTE EMPLOYMENT: CURRENT STATE AND PROSPECTS OF DEVELOPMENT****Юровська В.В., д.ю.н.,
доцент кафедри трудового права***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого***Острогляд Д.А., студент II курсу***Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Чернявська Д.С., студентка II курсу***Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Целиковська О.А., студентка II курсу***Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем сучасного трудового права, а саме дослідженню дистанційної зайнятості як однієї із форм атипової (нестандартної) зайнятості в нових умовах функціонування держави. Проаналізовано проблему законодавчого врегулювання правовідносин, які виникають між працівником та роботодавцем в умовах дистанційної зайнятості. Акцентовано увагу на тому, що інтенсивний розвиток трудових правовідносин «вимагає» більш детальної законодавчої регламентації дистанційної праці, зокрема в частині належного соціального забезпечення дистанційних співробітників, забезпечення трудових прав останніх на рівні з працівниками, які виконують трудові обов'язки безпосередньо на робочому місці. Окрім того, у роботі наголошено на тому, що, незважаючи на впроваджені позитивні зміни у трудове законодавство України, на ринку праці все ще залишається низка проблемних питань та правових колізій у разі застосування дистанційної (надомної) роботи та гнучкого режиму робочого часу. Зазначено, що остаточне врегулювання правових аспектів застосування дистанційної роботи в Україні є актуальною об'єктивною необхідністю. Зокрема, необхідно надати окремі визначення поняттям «дистанційна робота» та «надомна робота», що дасть змогу використовувати більш затребувану форму праці. Крім того, підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють порядок надомної роботи, є надто застарілими та не відповідають сучасним викликам на ринку праці. В умовах стрімкої діджиталізації економіки відсутність норм права, які б давали змогу роботодавцям та працівникам застосовувати можливості сучасних засобів комунікацій, ставлять під сумнів подальший динамічний розвиток трудових відносин та створюють загрозу життю та здоров'ю українських працівників, як наприклад у разі з поширенням COVID-19. Зроблено висновок про необхідність вироблення державної політики у сфері дистанційної зайнятості, яка відповідала б останнім потребам сучасності.

Ключові слова: дистанційна зайнятість, трудові правовідносини, правове регулювання, трудове законодавство, працівник, роботодавець.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical and methodological problems of modern labor law, namely, the study of remote employment as one of the forms of atypical (non-standard) employment in the new conditions of the state. The problem of legislative regulation of legal relations arising between the employee and the employer in the conditions of remote employment is analyzed. On a par with employees who perform their duties directly at the workplace. In addition, the paper emphasizes that despite the positive changes in the labor legislation of Ukraine, the labor market still has a number of problems and legal conflicts in the application of remote (home) work and flexible working hours. It is noted that the final settlement of the legal aspects of the use of telework in Ukraine is an urgent objective necessity. In particular, it is necessary to provide separate definitions of the concept of remote work and home work, which will allow the use of a more popular form of work. In addition, the by-laws regulating the order of home-based work are too outdated and do not meet modern challenges in the labor market. In the context of rapid digitalization of the economy, the lack of rules of law that would allow employers and employees to use the modern means of communication, calls into question the further dynamic development of labor relations and threatens the lives and health of Ukrainian workers, as in the case of COVID-19. It is concluded that it is necessary to develop a state policy in the field of remote employment, which would meet the latest needs of today. Adoption of appropriate changes will ensure clear regulation of telework and homework, the introduction of modern forms of telework, the use of information technology in the employment process, as well as provide employers, if necessary, the opportunity to take immediate action to protect the lives and health of workers.

In addition, improving the legal regulation of telecommuting and home-based work will lead to a positive socio-economic effect through the creation of legislative incentives to transfer a large number of employees from civil contracts to full-fledged employment contracts with employers.

Thus, the adoption of amendments to the legislation will have a positive impact on the labor market, the rights and opportunities of employers and employees, will eliminate legal conflicts between state regulatory authorities.

Key words: remote employment, labor relations, legal regulation, labor legislation, employee, employer.

У зв'язку з останніми подіями, які мають місце не лише в Україні, а і у всьому світі, поширенням коронавірусної хвороби, стрімким розвитком інформаційно-телекомунікаційних технологій нетрадиційна (атипова) зайнятість усе інтенсивніше «набирає популярність», проте водночас продовжує характеризуватися непередбачуваними наслідками.

Окрім того, з огляду на інтенсивний розвиток науково-технічного прогресу, логічним наслідком якого є утвердження інформаційного суспільства, менш затребуваними стають традиційні форми організації праці, що призводить до збільшення безробітних. У зв'язку з вищезазначеним

виникає нагальна потреба в появі та практичному використанні нових атипових (нетрадиційних, нестандартних) форм зайнятості, котрі б своєю чергою «були спроможні» забезпечити модернізацію наявного ринку праці та позитивно вплинути на розвиток трудових правовідносин. Так, одним із реальних шляхів вирішення цього завдання є дистанційна зайнятість працівників, котра, беззаперечно, за своєю правовою природою здатна задовольнити більшість потреб сучасності [1].

Дистанційна форма організації праці повною мірою здатна забезпечити підвищення рівня доступності праці

для багатьох категорій осіб, котрі в конкретний період часу не можуть перебувати безпосередньо на робочому місці, серед них – жінки, які перебувають у відпустці по догляду за дитиною, пенсіонери, особи з обмеженими фізичними можливостями; долає просторові бар'єри, оскільки за допомогою інформаційно-телекомунікаційних технологій, Інтернету та інших засобів зв'язку особа має можливість виконувати працю поза межами офісу. Окрім того, найманий працівник самостійно має право визначити власний режим роботи, виконувати трудову функцію в зручних для нього умовах, що позитивно впливає на рівень результативності, продуктивності та ефективності останнього. Щодо роботодавця, то його користь полягає в мінімізації витрат на утримання персоналу, оренду офісного приміщення, оплати комунальних послуг, закупівлі необхідного обладнання тощо [1].

Сучасні тренди в організації дистанційної зайнятості стали предметом досліджень таких учених, як: Н.Б. Болотіна, В.С. Венедіктов, Л.П. Гаращенко, В.В. Жернаков, С.А. Іванов, М.І. Іншин, І.Я. Кисельов, В.П. Кохан, А.М. Курінний, В.В. Лазор, Л.І. Лазор, А.М. Лушніков, В.М. Лушнікова, Р.З. Лівшиць, М.М. Моцар, В.І. Прокопенко, В.Д. Перевалов, П.Д. Пилипенко, М.А. Шабанова, О.М. Ярошенко та ін.

Слід звернути увагу на той факт, що за результатами Звіту про віддалену роботу, який був оприлюднений у 2020 році компаніями Buffer and Angel List, 87% підприємців підтримують ідею щодо дистанційної роботи та лише 13% виступають проти. З огляду на вищезазначене все ж таки варто констатувати об'єктивний факт: щорічно кількість компаній, які дозволяють своїм співробітникам працювати дистанційно, збільшується [2].

Як зазначає у своїй науковій праці І.О. Беззуб, наявні соціологічні дослідження свідчать, що під час пандемії COVID-19 понад 35% працівників перейшли на роботу з дому. Пандемія спровокувала давно назрілий етап технологічних та соціальних експериментів, які неабияк впливають на подальшу долю офісних працівників. Тому вже нині роботодавці та уряди країн у всьому світі намагаються визначитися: наскільки актуальною буде дистанційна робота після завершення пандемії. При цьому думки найманих працівників та власників бізнесу дещо різняться. Це підтверджують заяви керівників компаній та соціологічні дослідження, які проводилися у різних країнах, в тому числі і в Україні [3, с. 4].

А відповідно до даних досліджень, проведених Colliers International, 82% опитаних офісних співробітників у 25 країнах світу висловили побажання після повного скасування карантинних заходів продовжувати працювати з дому один або два дні на тиждень [3, с. 5].

У цьому контексті доцільно зауважити, що підвищення попиту роботодавців на нетрадиційні форми організації праці викликане такими об'єктивними чинниками, як: активний ріст економіки знань на фоні широкого застосування інформаційних та комунікаційних технологій; посилення інтернаціональної конкуренції; значне розширення сфери послуг та посилення гнучкості ринку праці.

Що стосується України, то нині в нашій державі, як і в більшості світових країн, також має місце глибинна трансформація зайнятості, її основних форм, видів та змісту. Проте, на жаль, варто констатувати, що в Україні таке явище, як дистанційна зайнятість, перебуває ще на етапі свого становлення, хоча у багатьох країнах світу вже набуло поширення й становить серйозну конкуренцію типовим формам зайнятості. Так, національний ринок праці «крок за кроком» запозичує загальносвітові тенденції щодо організації дистанційної праці. Чітких статистичних даних, які б вичерпно визначили кількість осіб в Україні, котрі дистанційно виконують трудові обов'язки, наразі немає, але окреслені трансформації у сфері зайнятості, беззаперечно, чинять активний вплив на соціально-

трудова сфера, наслідком чого є зміна як змісту, так і установлені структури соціально-трудова правовідносин [4].

Слід констатувати, що в результаті прийняття Верховною Радою України Закону «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID19)» [5] вітчизняним законотворцем було зроблено надважливі кроки щодо вдосконалення правової регламентації атипових форм зайнятості, в тому числі дистанційної. Беззаперечно, що першочерговим здобутком стало те, що вперше у вітчизняному трудовому законодавстві було зафіксовано уніфіковане поняття «дистанційна зайнятість», під якою розуміють форму організації праці, за якої робота виконується працівником поза робочими приміщеннями чи територією власника або уповноваженого ним органу, в будь-якому місці за вибором працівника та з використанням інформаційно-комунікаційних технологій [6].

Щодо доктринальних підходів до розуміння поняття «дистанційна зайнятість», то наведемо для кращого розуміння декілька авторських визначень.

Наприклад, А.М. Колот під дистанційною працею розуміє роботу, яка в результаті використання інформаційних та комунікаційних технологій віддаляється від приміщення роботодавця (принаймні, стосовно не менше ніж 20% робочого часу) [7].

Своєю чергою науковець І.Я. Кисельов пропонує поняття «дистанційна праця» тлумачити як різновид трудової діяльності, який виконується у місті, віддаленому від центрального офісу, що виключає можливість спілкування працівника з керівництвом та співпрацівниками [8, с. 123].

Таким чином, можемо зазначити, що прийняті зміни до трудового законодавства позитивно впливають на характер наявних трудових правовідносин, що зумовлене тим, що в результаті таких доповнень не лише закладаються основи для належного соціального захисту працівників, які виконують трудові обов'язки дистанційно, але і дають роботодавцю право встановити для такого працівника чіткий режим дистанційної роботи локальним нормативним актом (без укладання додаткової угоди з працівником).

Проте, незважаючи на початкові намагання законодавця врегулювати правовідносини, що виникають між працівником та роботодавцем за умов дистанційної організації праці, все ще виникає коло дискусійних питань, на котрі світове наукове співтовариство досі не надало вичерпної відповіді. Базові дискусії «точаться» навколо таких питань, як: узгодження поширення феномена дистанційної праці одночасно як з інтересами працівників, так і роботодавців; співвідношення прибутків і збитків суб'єктів соціально-трудова правовідносин як результатів запровадження дистанційної форми зайнятості. І найбільш актуальне питання: «Чи справді за умов запровадження дистанційної форми зайнятості соціально-трудова відносини, що виникають між найманим працівником та роботодавцем, стають більш здоровими?». Відповіді на ці питання є ключем до отримання об'єктивної оцінки наслідків застосування дистанційної зайнятості [9].

Варто констатувати той факт, що більшість вітчизняних підприємств, котрі запроваджують апробовані практикою передові управлінські підходи до організації праці, тією чи іншою мірою випробовують дистанційну зайнятість як одну із форм організації праці, оскільки сьогодні вона, беззаперечно, має низку переваг порівняно з традиційним виконанням працівником трудових обов'язків безпосередньо на робочому місці.

Серед переваг дистанційної форми зайнятості можна виокремити: розширення географії залучення робочої сили, що дає можливість роботодавцю залучати тих працівників, які наділені унікальними здібностями, у найвіддаленіших регіонах держави або навіть за її кордонами; надання права і можливості виконувати працю працівни-

кам, котрі тимчасово залучені до виконання батьківських або інших сімейних обов'язків; можливість здійснювати ефективну координацію роботи підлеглих керівниками, робота яких пов'язана із систематичними тривалими від'їздами або вимагає проведення робочих зустрічей поза межами робочого місця; можливість реалізації проєктного підходу до найму робочої сили, відповідно до якого спеціалісти винаймаються не на постійній основі, а під виконання роботи в межах реалізації конкретних проєктів; роботодавцям такий підхід дозволяє регулювати ступінь зайнятості кожного з працівників у межах виробничої необхідності, працівники, своєю чергою, можуть самостійно регулювати своє робоче навантаження, підключаючись, за наявності бажання, до кількох проєктів різних роботодавців; економія роботодавця на видатках на фізичне утримання робочих місць; уникнення простою у роботі, зумовленого неможливістю для працівника бути фізично присутнім на робочому місці [10].

Щодо основних негативних наслідків, які можуть виникнути у результаті поширення дистанційної зайнятості, є такі як: загроза відсутності або зниження рівня соціального захисту, гарантій реалізації трудових прав дистанційних працівників; відсутність перспективи професійного розвитку, оскільки роботодавець не зацікавлений вкладати кошти в підвищення професійної кваліфікації працівника; для роботодавця – наявність ризиків невиконання роботи; недосконалість механізму захисту комерційної таємниці, ризики «перехоплення» або втрати даних, переданих через Інтернет; неможливість контролю робочого часу та часу відпочинку працівника, дотримання ним норм охорони праці, санітарно-гігієнічних норм тощо; невизначеність статусу дистанційного працівника [11].

Окремо варто зосередити увагу на питанні, що пов'язане із правовими проблемами запровадження дистанційної зайнятості. Так, до останніх можна віднести: неврегульованість цього питання відповідно до потреб сучасних трудових відносин та ринку праці; проблему відсутності належної правової регламентації укладення трудового договору з віддаленими працівниками (це буде традиційний письмовий трудовий договір або електронний трудовий договір); проблему визначення місця роботи; проблему захисту інформації; проблему встановлення та обліку робочого часу та його оплати; проблему поєднання дистанційної форми праці з іншими видами зайнятості; проблему участі дистанційних працівників у профспілкових організаціях; проблему стимулювання розвитку дистанційної зайнятості [12].

З огляду на вищезазначене, доцільно зауважити, що нині для українського соціуму та країни належна правова регламентація правовідносин у сфері праці має надзвичайно велике значення, оскільки наявність правових норм, які відповідатимуть реальним суспільним потребам, дасть можливість максимально забезпечити трудові та соціальні права осіб, які працюють у формі дистанційної зайнятості; ефективна реформа у сфері трудових правовідносин виконає не лише функцію соціального забезпечення найманих

працівників, а і фінансову функцію, оскільки наявність якісних дієвих норм права у сфері дистанційного працевлаштування закладатиме фундамент для збільшення обсягів надходжень до державного та місцевого бюджетів у вигляді податків та єдиного соціального внеску до фондів соціального страхування; якісна нормативно-правова база буде стимулом для розвитку малого та середнього бізнесу, які не мають можливості створювати значну кількість робочих місць безпосередньо в офісі, проте мають змогу оплачувати заробітну плату працівникам, що здійснюватимуть діяльність безпосередньо вдома з використанням телекомунікаційних мереж [12].

Окрім того, якщо ми говоримо про інтенсивне поширення нестандартної зайнятості, то необхідно вести мову про потребу водночас і у грамотному стимулюванні розвитку нестандартної зайнятості на державному рівні. Це може бути реалізоване шляхом використання цільових програм, інструментів податкової та інвестиційної політики, зокрема, ставки нарахувань на фонд оплати праці та відрахувань із заробітної плати на загальнообов'язкове державне соціальне страхування, ставки оподаткування доходів фізичних осіб та прибутку підприємств, компенсацію єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування.

Для адаптації до змін у національній економіці доцільно використовувати програми навчання, підвищення кваліфікації, освітні ваучери для перенавчання згідно з потребами ринку, програми підтримки роботодавців, які створюють центри підготовки та перепідготовки нестандартно зайнятих. Інструмент договірної регулювання має використовуватись на всіх рівнях регулювання нестандартної зайнятості для реалізації принципу партнерства, забезпечуючи збалансованість інтересів держави, роботодавців та нестандартно зайнятих працівників [13].

Таким чином, проаналізувавши все вищевикладене, можна зробити висновок про те, що незважаючи на те, що нині влада вже розробила та ухвалила коло законодавчих змін, спрямованих на регламентацію організації виконання дистанційної праці з урахуванням потреб сучасності, проте все ж такі питання належної системної правової регламентації трудових правовідносин з дистанційними працівниками в Україні залишається досить проблемним. Окрім того, з огляду на інтенсивний розвиток нестандартних форм зайнятості доцільно зосередити увагу на тому, що необхідно здійснити адаптацію вітчизняного законодавства до сучасних умов з урахуванням дієвого міжнародного досвіду, необхідно надати чітке визначення поняття «дистанційна зайнятість», чітко визначити форму, у якій має укладатися трудовий договір із віддаленим працівником, зміст такої угоди, робочий час та час відпочинку, механізм регулювання та здійснення контролю щодо виконання працівником своїх трудових обов'язків. Тож, за таких обставин логічним та доцільним, об'єктивно необхідним є доповнення Кодексу законів про працю України розділом, котрий буде присвячено нетрадиційним формам зайнятості.

ЛІТЕРАТУРА

1. Валнярчук Н.М. Дистанційна зайнятість: проблеми правового регулювання. *Право та інновації*. 2016. № 1. С. 101–106.
2. The 2020 State of Remote Work. *Buffer: вебсайт*. URL: <https://lp.buffer.com/state-of-remote-work2020> (дата звернення: 27.03.2021).
3. Беззуб І. Дистанційна форма зайнятості: українські та зарубіжні реалії. URL: <http://nbuviap.gov.ua/images/dumka/2020/16.pdf> (дата звернення: 27.03.2021).
4. Колот А. Трансформація інституту зайнятості як складник глобальних змін у соціально-трудовій сфері. *Україна: аспекти праці*. 2009. № 8. С. 3–14.
5. Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на забезпечення додаткових соціальних та економічних гарантій у зв'язку з поширенням коронавірусної хвороби (COVID-19)» № 540-IX від 30 березня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/540-20> (дата звернення: 27.03.2021).
6. Кодекс законів про працю : Закон України від 10 грудня 1971 року № 322-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/322-08> (дата звернення: 27.03.2021).
7. Колот А. Трансформація інституту зайнятості як складник глобальних змін у соціально-трудовій сфері. *Україна: аспекти праці*. 2010. № 2. С. 10–15.
8. Киселев І.Я. Сравнительное трудовое право : учебник для вузов. Москва : Велби : Проспект, 2005. 360 с.

9. Герасименко О.О. Дистанційна зайнятість як тренд цифрової економіки: нові можливості, нові соціальні ризики. URL: https://ir.kneu.edu.ua/bitstream/handle/2010/31259/Sz_19-68.pdf?sequence=1 (дата звернення 27.03.2021).
10. Коломієць О.О. Поширення дистанційної зайнятості як фактор підвищення економічної стійкості. URL: https://niss.gov.ua/sites/default/files/2020-04/dystantsiyna-zaynyatist_0.pdf (дата звернення: 27.03.2021).
11. Носенко В.О. Правове регулювання дистанційної зайнятості працівників в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : спец. 12.00.05. Київ, 2015. 190 с.
12. Плехов Д.О. Дистанційна зайнятість як одна з форм трудових відносин в умовах сьогодення. URL: <http://pyuv.onua.edu.ua/index.php/pyuv/article/view/652/991>. (дата звернення: 27.03.2021).
13. Силенко Н.М. Щодо проблемних аспектів правового регулювання дистанційної роботи. URL: <http://repository.hneu.edu.ua/bitstream/123456789/18868/> (дата звернення: 27.03.2021).

РОЗДІЛ 6

ЗЕМЕЛЬНЕ ПРАВО; АГРАРНЕ ПРАВО; ЕКОЛОГІЧНЕ ПРАВО; ПРИРОДОРЕСУРСНЕ ПРАВО

УДК 349.41

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/86>

ПРО СИСТЕМУ ОРГАНІВ УПРАВЛІННЯ ЗЕМЕЛЬНИМИ РЕСУРСАМИ УКРАЇНИ

ABOUT THE SYSTEM OF LAND MANAGEMENT BODIES OF UKRAINE

Баїк О.І., д.ю.н.,

доцент кафедри цивільного права та процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

У статті здійснено правовий аналіз складників системи органів управління земельними ресурсами України. Беручи до уваги наявні теоретико-правові підходи, а також сучасну нормативно-правову базу, зазначено, що систему органів управління земельними ресурсами України становлять: 1) органи загальної компетенції; 2) органи міжгалузевої компетенції; 3) органи галузевої компетенції; 4) спеціально вповноважений орган із питань земельних ресурсів. Водночас проаналізовано повноваження цих органів у сфері управління земельними ресурсами України.

З'ясовано, що до системи органів загальної компетенції, які здійснюють організаційно-правову діяльність щодо забезпечення раціонального використання земельних ресурсів та їх охорони і вирішують інші завдання, зараховані до їх компетенції, належать: Верховна Рада України, Кабінет Міністрів України, органи місцевого самоврядування, місцеві органи виконавчої влади. Міжгалузевими органами, компетенція яких охоплює певний функціональний напрям діяльності, є: Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України; Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України; Державне агентство України з управління зоною відчуження; Міністерство культури та інформаційної політики України; Міністерство оборони України; Фонд державного майна України. Галузевими органами, які здійснюють повноваження у певній галузі, є: Міністерство розвитку громад та територій України, Міністерство інфраструктури України, Державне агентство водних ресурсів України, Державне агентство лісових ресурсів України. Спеціально вповноваженим органом у галузі земельних відносин є Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру.

Зроблено висновок про те, що повноваження органів управління земельними ресурсами нашої країни спрямовано на здійснення організаційно-правової діяльності щодо забезпечення раціональної та ефективної експлуатації земель усіма суб'єктами господарювання у межах, визначених земельним законодавством України.

Ключові слова: земельні ресурси, органи загальної компетенції, органи галузевої компетенції, органи міжгалузевої компетенції, спеціально вповноважений орган із питань земельних ресурсів.

The article analyzes the legal components of the system of land management bodies of Ukraine. Taking into account the available theoretical and legal approaches, as well as the modern regulatory framework, it is noted that the system of land management bodies of Ukraine consists of: 1) bodies of general competence; 2) bodies of intersectoral competence; 3) bodies of branch competence; 4) a specially authorized body for land resources. At the same time, the powers of these bodies in the field of land resources management in Ukraine are analyzed.

It was found that the system of bodies of general competence, which carry out organizational and legal activities to ensure the rational use of land resources and their protection and, at the same time, solve other tasks within their competence, include: The Verkhovna Rada of Ukraine; Cabinet of Ministers of Ukraine; local governments; local executive bodies. Intersectoral bodies (the competence of these bodies covers a certain functional area of activity) are: the Ministry of Economic Development, Trade and Agriculture of Ukraine; Ministry of Environmental Protection and Natural Resources of Ukraine; State Agency of Ukraine for Exclusion Zone Management; Ministry of Culture and Information Policy of Ukraine; Ministry of Defence Ukraine; State Property Fund of Ukraine. Sectoral bodies exercising powers in a particular area are: the Ministry of Development of Communities and Territories of Ukraine; Ministry of Infrastructure of Ukraine; State Agency of Water Resources of Ukraine; State Agency of Forest Resources of Ukraine. The State Service of Ukraine for Geodesy, Cartography and Cadastre is a specially authorized body in the field of land relations.

It is concluded that the powers of the land management of our country are aimed at carrying out organizational and legal activities to ensure rational and efficient use of land by all economic entities within the limits set by the land legislation of Ukraine.

Key words: land resources; bodies of general competence; bodies of branch competence; bodies of intersectoral competence; specially authorized body for land resources.

Постановка проблеми. В умовах сучасних соціальних, економічних та правових перетворень сфера земельних відносин перебуває у центрі особливої уваги. Крім того, додаткового роз'яснення потребує питання щодо наявної системи органів управління земельними ресурсами України, яка є досить складною категорією.

Метою статті є здійснення правового аналізу системи органів управління земельними ресурсами України.

Виклад основного матеріалу дослідження. Органи управління в галузі використання та охорони земель, як зауважують Ю.В. Корнєєв та М.О. Мацелик, мають розгалужену систему, яка діє у межах повноважень, визначених земельним та іншими галузями права України. Зазначена система функціонує як єдиний взаємопов'язаний механізм [1, с. 97]. О.М. Шуміло виокремлює повноваження представницьких та виконавчих органів влади у галузі

земельних відносин. До представницьких органів він зараховує: Верховну Раду України, Верховну Раду АРК, обласні ради, Київську і Севастопольську міські ради, районні ради, районні у містах ради, сільські, селищні, міські ради. Виконавчими органами у галузі земельних відносин, на його думку, є: Кабінет Міністрів України, центральний орган виконавчої влади з питань екології та природних ресурсів, центральний орган виконавчої влади з питань земельних ресурсів, державний орган приватизації, Рада міністрів АРК, місцеві державні адміністрації [2, с. 34–54].

Зважаючи на підхід, запропонований А.М. Мірошніченко, систему органів управління земельними ресурсами України становлять: 1) органи загальної компетенції; 2) органи міжгалузевої компетенції; 3) органи галузевої компетенції; 4) спеціально вповноважений орган із питань

земельних ресурсів [3; 4, с. 321]. Зважаючи на зазначене, а також беручи до уваги сучасне законодавче підґрунтя, проаналізуємо систему органів управління земельними ресурсами в Україні.

Особливістю управління в галузі використання та охорони земель *органами загальної компетенції* є те, що вони здійснюють організаційно-правову діяльність щодо забезпечення раціонального використання земельних ресурсів та їх охорони і вирішують інші завдання, зараховані до їх компетенції (розвиток економіки, соціальної сфери, національної безпеки та оборони тощо) [1, с. 97]. До системи органів загальної компетенції, які здійснюють управління у галузі використання та охорони земель, належать:

– *Верховна Рада України*. Відповідно до ст. 75 Конституції України єдиним органом законодавчої влади в Україні є парламент – Верховна Рада України [5]. Відповідно до ст. 6 Земельного кодексу України (далі – ЗК України) до повноважень Верховної Ради України в галузі земельних відносин належить: а) ухвалення законів у галузі регулювання земельних відносин; б) визначення засад державної політики в галузі використання та охорони земель; в) затвердження загальнодержавних програм щодо використання та охорони земель; г) установлення і зміна меж районів і міст; г) погодження питань, пов'язаних зі зміною цільового призначення особливо цінних земель державної та комунальної власності, припиненням права постійного користування ними відповідно до ЗК України; д) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до Конституції України [6];

– *Кабінет Міністрів України*. Відповідно до ст. 113 Конституції України Кабінет Міністрів України є вищим органом у системі органів виконавчої влади. Кабінет Міністрів України відповідальний перед Президентом України і Верховною Радою України, підконтрольний і підзвітний Верховній Раді України у межах, передбачених Конституцією України [5]. До повноважень Кабінету Міністрів України в галузі земельних відносин (згідно зі статтею 13 ЗК України) належить: а) розпорядження землями державної власності в межах, визначених ЗК України; б) реалізація державної політики у галузі використання та охорони земель; в) викуп земельних ділянок для суспільних потреб у порядку, визначеному законом; г) координація проведення земельної реформи; г) розроблення і забезпечення виконання загальнодержавних програм використання та охорони земель; д) організація ведення державного земельного кадастру, державного контролю за використанням і охороною земель та здійснення землеустрою; е) встановлення порядку проведення моніторингу земель; е¹) внесення до Верховної Ради України пропозицій щодо встановлення та зміни меж районів, міст; є) вирішення інших питань у галузі земельних відносин відповідно до закону [6].

На основі ч. 2 ст. 84 ЗК України право державної власності на землю набувається і реалізується державою через органи виконавчої влади відповідно до повноважень, визначених ЗК України. Так, Кабінет Міністрів України: передає земельні ділянки із земель державної власності у власність або у користування у випадках, визначених ст. 149 ЗК України, та земельні ділянки дна територіального моря, а також у користування земельні ділянки зони відчуження та зони безумовного (обов'язкового) відселення території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи (ч. 8 ст. 122 ЗК України); здійснює за погодженням із Верховною Радою України продаж земельних ділянок, що перебувають у власності держави, крім земельних ділянок, на яких розташовані об'єкти, які підлягають приватизації, іноземним державам та іноземним юридичним особам (ч. 1 ст. 129 ЗК України); має право приймати рішення щодо вилучення земельних ділянок державної власності, які перебувають у постійному користуванні, для суспільних та інших

потреб (ч. 2 ст. 149 ЗК України); надає дозвіл на проведення розвідувальних робіт на землях заповідників, національних дендрологічних, ботанічних, меморіальних парків, поховань і археологічних пам'яток (ч. 3 ст. 97 ЗК України); здійснює інші повноваження [6];

– *органи місцевого самоврядування*. Органи місцевого самоврядування (обласні, Київська і Севастопольська міські, районні, районні у містах, сільські, селищні та міські ради) виконують управлінські функції у сфері земельних відносин відповідно до статей 8–12 ЗК України [6], законів України «Про місцеве самоврядування в Україні» від 21 травня 1997 року, «Про столицю України – місто-герой Київ» від 15 січня 1999 року. До їх повноважень належать: розпорядження землями територіальних громад; підготовка висновків щодо вилучення (викупу) та надання земельних ділянок із земель державної власності, що проводять органи виконавчої влади; установлення та зміна меж відповідних адміністративно-територіальних одиниць; організація землеустрою; забезпечення реалізації державної політики в галузі використання та охорони земель та інші [6; 7; 8];

– *місцеві органи виконавчої влади*. Повноваження місцевих державних адміністрацій визначено в ст. 17 ЗК України [6] та ст. 16, 21 Закону України від 9 квітня 1999 року «Про місцеві державні адміністрації» [9]. Вони: розпоряджаються землями державної власності у межах, визначених ЗК України; беруть участь у розробленні та забезпеченні виконання загальнодержавних і регіональних програм із питань використання та охорони земель; координують здійснення землеустрою та державного контролю за використанням та охороною земель; готують висновки щодо надання або вилучення (викупу) земельних ділянок; викупають земельні ділянки для суспільних потреб у межах, визначених ЗК України; готують висновки щодо встановлення та зміни меж сіл, селищ, районів, районів у містах та міст; здійснюють контроль за використанням коштів, що надходять у порядку відшкодування втрат сільськогосподарського і лісогосподарського виробництва, пов'язаних із вилученням (викупом) земельних ділянок; координують діяльність державних органів земельних ресурсів; уносять до Кабінету Міністрів України пропозиції щодо встановлення та зміни меж районів, міст у порядку, визначеному законом; вирішують інші питання у галузі земельних відносин відповідно до закону [6; 9].

Міжгалузевими органами (компетенція цих органів охоплює певний функціональний напрям діяльності) є:

– *Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (Мінекономіки)*, що є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. Мінекономіка є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері <...> топографо-геодезичної і картографічної діяльності, земельних відносин, землеустрою, у сфері Державного земельного кадастру, державного нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі в частині дотримання земельного законодавства, використання та охорони земель усіх категорій і форм власності, родючості ґрунтів (п. 1 Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 11 вересня 2019 р. № 838) [10]; бере участь у моніторингу та охороні земель сільськогосподарського призначення тощо (ст. 15 ЗК України, ст. 18 Закону України «Про охорону земель» [11], ст. 8 Закону України «Про державний контроль за використанням та охороною земель» [12]);

– *Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України (Міндовкілля)* (ст. ст. 14, 14-1 ЗК України, ст. 17 Закону України «Про охорону земель» [11],

ст. 20 Закону України «Про охорону навколишнього природного середовища» [13], ст. 7 Закону України «Про державний контроль за використанням і охороною земель» [12]), що є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, який забезпечує формування державної політики <...> у сфері геологічного вивчення та раціонального використання надр <...> щодо здійснення державного нагляду (контролю) у сфері охорони навколишнього природного середовища, раціонального використання, відтворення й охорони природних ресурсів. Зокрема, серед основних завдань Міндовкілля виокремлено забезпечення формування державної політики у сфері геологічного вивчення та раціонального використання надр, <...> охорони та раціонального використання земель, <...> державного нагляду (контролю) за додержанням вимог законодавства про раціональне використання, відтворення і охорону природних ресурсів, використання та охорону земель, екологічну та радіаційну безпеку, оцінку впливу на довкілля <...> (пункти 1, 3 Положення про Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 25 червня 2020 р. № 614) [14];

– *Державне агентство України з управління зоною відчуження (ДАЗВ)*, яке (відповідно до покладених на нього завдань у сфері управління зоною відчуження і зоною безумовного (обов'язкового) відселення) вповноважене: затверджувати схеми землеустрою і техніко-економічні обґрунтування використання та охорони земель відповідно до закону; погоджувати проекти землеустрою щодо організації і встановлення меж територій природно-заповідного фонду та іншого природоохоронного призначення, лісгосподарського призначення, земель водного фонду та водоохоронних зон, обмежень у використанні земель та їх режимоутворювальних об'єктів відповідно до закону; видавати містобудівні умови та обмеження забудови земельної ділянки відповідно до Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності»; затверджувати разом із Міндовкілля положення про території та об'єкти природно-заповідного фонду, утворені в зоні відчуження та зоні безумовного (обов'язкового) відселення території, що зазнала радіоактивного забруднення внаслідок Чорнобильської катастрофи (п. 4 Положення про Державне агентство України з управління зоною відчуження, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 564) [15];

– *Міністерство культури та інформаційної політики України (МКІП)*, що здійснює низку повноважень у галузі використання територій історико-культурного призначення (ст. 5 Закону України «Про охорону культурної спадщини» [16], п. 3 Положення про Міністерство культури та інформаційної політики України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2019 р. № 885 [17]);

– *Міністерство оборони України (Міноборони)*, що забезпечує використання територій, виокремлених для потреб Збройних Сил (Положення про Міністерство оборони України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 р. № 671 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 19 жовтня 2016 р. № 730) [18]);

– *Фонд державного майна України* (ст. 17-1 та ін. ЗК України, п. 6 ч. 1 ст. 5 Закону України від 9 грудня 2011 р. № 4107-VI «Про Фонд державного майна України» [19]), що розпоряджається деякими земельними ділянками державної власності.

Галузеві органи (здійснюють повноваження у певній галузі):

– *Міністерство розвитку громад та територій України (Мінрегіон)* здійснює нормативно-правове регулювання територій шляхом видання будівельних норм (ст. 9 Закону України «Про регулювання містобудівної

діяльності» [20], ст. 6 Закону України «Про будівельні норми» [21]). Мінрегіон є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України. Мінрегіон є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну регіональну політику, державну політику у сфері розвитку місцевого самоврядування, територіальної організації влади та адміністративно-територіального устрою, державну житлову політику і політику у сфері благоустрою населених пунктів, державну політику у сфері житлово-комунального господарства, державну політику у сфері поводження з побутовими відходами, державну політику у сфері будівництва, містобудування, просторового планування територій та архітектури, державну політику у сфері технічного регулювання у будівництві, а також забезпечує формування державної політики у сфері архітектурно-будівельного контролю та нагляду, у сфері контролю житлово-комунального господарства та у сфері забезпечення енергетичної ефективності будівель (Положення про Міністерство розвитку громад та територій України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 30 квітня 2014 р. № 197 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 25 вересня 2019 р. № 850 [22]));

– *Міністерство інфраструктури України (Мінінфраструктури)* здійснює низку повноважень щодо земель транспорту та зв'язку (ст. 12 Кодексу торговельного мореплавства України [23]). Мінінфраструктури є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України. Мінінфраструктури є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сферах автомобільного, залізничного, морського та річкового транспорту, надання послуг поштового зв'язку, а також забезпечує формування та реалізацію державної політики у сфері авіаційного транспорту та використання повітряного простору України, розвитку, будівництва, реконструкції та модернізації інфраструктури авіаційного, морського та річкового транспорту, дорожнього господарства, навігаційно-гідрографічного забезпечення судноплавства, торговельного мореплавства з питань безпеки на автомобільному транспорті загального користування, міському електричному, залізничному, морському та річковому транспорті, а також державного нагляду (контролю) за безпекою на автомобільному транспорті загального користування, міському електричному, залізничному, морському та річковому транспорті (крім сфери безпеки мореплавства суден флоту рибної промисловості) (Положення про Міністерство інфраструктури України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 30 червня 2015 р. № 460 [24]);

– *Державне агентство водних ресурсів України (Держводагентство)* здійснює низку повноважень у галузі меліорації земель та використання земель водного фонду (ст. 16 Закону України від 14 січня 2000 р. № 1389-XIV «Про меліорацію земель» [25]). Держводагентство є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через Міністра захисту довкілля та природних ресурсів і який реалізує державну політику у сфері розвитку водного господарства та гідротехнічної меліорації земель, управління, використання та відтворення поверхневих водних ресурсів. Основними завданнями Держводагентства є: 1) реалізація державної політики у сфері управління, використання та відтворення поверхневих водних ресурсів, розвитку водного господарства і меліорації земель та експлуатації державних водогосподарських об'єктів комплексного призначення, міжгосподарських зрошувальних і осушувальних систем; 2) внесення пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері розвитку водного господарства та гідротехнічної

меліорації земель, управління, використання та відтворення поверхневих водних ресурсів (пункти 1, 3 Положення про Державне агентство водних ресурсів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 393 [26]);

– Державне агентство лісових ресурсів України (Держлісагентство) здійснює державний нагляд і контроль за використанням земель лісгосподарського призначення (ст. 28 Лісового кодексу України [27]). Держлісагентство є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України через міністра захисту довкілля та природних ресурсів і який реалізує державну політику у сфері лісового та мисливського господарства. Основними завданнями Держлісагентства є: 1) реалізація державної політики у сфері лісового та мисливського господарства; 2) внесення на розгляд міністра захисту довкілля та природних ресурсів пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері лісового та мисливського господарства (пункти 1, 3 Положення про Державне агентство лісових ресурсів України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 521 [28]).

Спеціально вповноваженим органом у галузі земельних відносин (у ст. 15-1 ЗК України та інших положеннях цього кодексу вжито термін «*центральної орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері земельних відносин*») є Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру (Держгеокадастр). Водночас постановою Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15 «Про Державну службу України

з питань геодезії, картографії та кадастру» визначено, що основними завданнями Держгеокадастру є: реалізація державної політики у сфері топографо-геодезичної і картографічної діяльності, земельних відносин, землеустрою, у сфері Державного земельного кадастру, державного нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі в частині дотримання земельного законодавства, використання та охорони земель усіх категорій і форм власності, родючості ґрунтів; надання адміністративних послуг згідно із законом у відповідній сфері; внесення на розгляд Міністра розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства пропозицій щодо забезпечення формування державної політики у сфері топографо-геодезичної і картографічної діяльності, земельних відносин, землеустрою, у сфері Державного земельного кадастру, державного нагляду (контролю) в агропромисловому комплексі в частині дотримання земельного законодавства, використання та охорони земель усіх категорій і форм власності, родючості ґрунтів [29].

Висновки. Отже, беручи до уваги те, що земельні ресурси – це «сукупні ресурси (запаси) земельної території як просторового базису господарської діяльності і розселення людей, засобу виробництва, її біологічної продуктивності та екологічної сталості середовища життя» [30, с. 11], варто зазначити, що управління ними здійснюється доволі розгалуженою системою органів. Повноваження органів управління земельними ресурсами нашої країни полягають у забезпеченні як раціонального, так і ефективного використання земель усіма суб'єктами господарювання відповідно до земельного законодавства України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Корнєєв Ю.В., Мацелик М.О. Земельне право : навч. посібник. Київ: Центр учбової літератури, 2009. 240 с.
2. Шуміло О.М. Земельне право України (у схемах) : навч. посібник; МВС України; Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2017. 288 с.
3. Система органів управління. Сайт Анатолія Миколайовича Мірошниченка. URL: <http://www.amm.org.ua/ua/study-book/11-management-land-resources/98-system-of-regulatory-authorities#footnote2>.
4. Мірошниченко А.М. Земельне право України: підручник. 2-ге вид., допов. і перероб. Київ: Алерта; ЦУЛ, 2011. 678 с.
5. Конституція України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. Відомості Верховної Ради України. 1996. № 30. Ст. 141.
6. Земельний кодекс України від 25.10.2001 р. № 2768-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text>.
7. Про місцеве самоврядування в Україні : Закон України від 21.05.1997 р. № 280/97-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/280/97-%D0%B2%D1%80#Text>.
8. Про столицю України – місто-герой Київ : Закон України від 15.01.1999 р. № 401-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/401-14#Text>.
9. Про місцеві державні адміністрації: Закон України від 09.04.1999 р. № 586-XIV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/586-14#Text>.
10. Положення про Міністерство розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 11 вересня 2019 р. № 838). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/838-2019-%D0%BF#Text>.
11. Про охорону земель : Закон України від 19.06.2003 р. № 962-IV (із змін. та допов.). Офіційний вісник України. 2003. № 29. Ст. 1431.
12. Про державний контроль за використанням та охороною земель : Закон України від 19.06.2003 р. № 963-IV (із змін. та допов.). Офіційний вісник України. 2003. № 29. Ст. 1432.
13. Про охорону навколишнього природного середовища : Закон України від 25.06.1991 р. (із змін. та допов.). Відомості Верховної Ради України. 1991. № 41. Ст. 546.
14. Положення про Міністерство захисту довкілля та природних ресурсів України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 25 червня 2020 р. № 614. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/614-2020-%D0%BF#Text>.
15. Положення про Державне агентство України з управління зоною відчуження, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 22 жовтня 2014 р. № 564. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/564-2014-%D0%BF#Text>.
16. Про охорону культурної спадщини: Закон України від 08.06.2000 р. № 1805-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1805-14#Text>.
17. Положення про Міністерство культури та інформаційної політики України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 16 жовтня 2019 р. № 885. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/885-2019-%D0%BF#Text>.
18. Положення про Міністерство оборони України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 26 листопада 2014 р. № 671 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 19 жовтня 2016 р. № 730). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/671-2014-%D0%BF#Text>.
19. Про Фонд державного майна України: Закон України від 9 грудня 2011 р. № 4107-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4107-17#Text>.
20. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17.02.2011 р. № 3038-VI (із змін. та допов.). Відомості Верховної Ради України. 2011. № 34. Ст. 343.
21. Про будівельні норми : Закон України від 05.11.2009 р. № 1704-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1704-17#Text>.
22. Положення про Міністерство розвитку громад та територій України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 30 квітня 2014 р. № 197 (в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 25 вересня 2019 р. № 850). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/197-2014-%D0%BF#Text>.
23. Кодекс торговельного мореплавства України від 23.05.1995 р. № 176/95-ВР. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/176/95-%D0%B2%D1%80#Text>.
24. Положення про Міністерство інфраструктури України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 30 червня 2015 р. № 460. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/460-2015-%D0%BF#Text>.
25. Про меліорацію земель: Закон України від 14.01.2000 р. № 1389-XIV (із змін. та допов.). Офіційний вісник України. 2000. № 6. Ст. 2000.

26. Положення про Державне агентство водних ресурсів України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 393. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/393-2014-%D0%BF#Text>.

27. Лісовий кодекс України від 21.01.1994 р. у новій ред. від 08.02.2006 р. № 3852-XII (із змін. та допов.). *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 17. Ст. 99.

28. Положення про Державне агентство лісових ресурсів України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 8 жовтня 2014 р. № 521. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/521-2014-%D0%BF#Text>.

29. Про Державну службу України з питань геодезії, картографії та кадастру: постанова Кабінету Міністрів України від 14 січня 2015 р. № 15. *Офіційний вісник України*. 2015. № 7. Ст. 164.

30. Третьяк А.М., Дорош О.С. Управління земельними ресурсами : навч. посібник / за ред. А.М. Третьяка. Вінниця : «Нова книга», 2006. 360 с.

ДО ПИТАННЯ ОРЕНДИ ЗЕМЕЛЬНИХ ЧАСТОК (ПАЇВ) ЗА ЧИННИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ УКРАЇНИ

ON THE ISSUE OF LEASE OF LAND SHARES (UNITS) UNDER THE CURRENT LEGISLATION OF UKRAINE

Балащенко М.І., аспірант кафедри земельного та аграрного права

Інститут права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена феномену оренди земельних часток (паїв) за чинним українським законодавством. У межах дослідження мова ведеться виключно про паї учасників сільськогосподарських підприємств. Виокремлення земельних часток (паїв), передбачене ч. 1 ст. 25 нового ЗК України 2001 р. та ч. 3 ст. 35 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи», є окремим різновидом приватизації земель, а не частиною процесу розпаювання.

За наявності схеми поділу паїв земельна частка може вважатися земельною ділянкою. В такому разі власник паю має речове право на нього, аналогічне до права власності на повноцінну земельну ділянку. Такий пай може передаватися в оренду згідно із Законом України «Про оренду землі». Оренда паїв дозволяє проводити консолідацію земель в умовах незавершеності процесу паювання.

До вересня 2020 року актуальним проблемним питанням оренди земельних часток (паїв) були наслідки виокремлення земельної ділянки з такого паю. Позиція касаційних судів зводилась до того, що в такій ситуації оренда має вважатися припиненою. У вересні 2020 року Велика палата Верховного Суду змінила цей підхід, зробивши висновок, що виокремлення земельної ділянки з паю не є підставою для припинення договору оренди і не перешкоджає його виконанню. Такий підхід є більш оптимальним і відповідає тексту закону. Закон України «Про оренду землі» не надає орендодавцеві розсуду щодо можливості переукладення договору оренди після виокремлення земельної ділянки, а говорить про те, що договір «переукладається», тобто у будь-якому разі.

Водночас не зайвим було б уточнити положення законодавства, щоб договір оренди з виокремлення паю в натурі вважався автоматично зміненим. Після виокремлення ділянки з паю інформація про таку ділянку вже буде внесена до державних реєстрів, тому дублювати цю ж інформацію в додатковій угоді не є необхідним для належного здійснення оренди.

Ключові слова: право на земельну частку (пай), паювання, оренда, земельна ділянка, схема поділу паїв.

The article is devoted to the phenomenon of lease of land shares (units) under current Ukrainian legislation. Within the framework of the research, we are talking exclusively about the shares of participants in agricultural enterprises. Allocation of land shares (units), provided for in Part 1 of Art. 25 of the Land Code of Ukraine of 2001 and Part 3 of Art. 35 of the Law of Ukraine “On the Status and Social Protection of Citizens Affected by the Chernobyl Accident” is a separate type of land privatisation, and not part of the process of division of land shares.

If there is a scheme of division of shares, the land share can be considered a land plot. In this case, the owner of the land share (unit) has a right in rem to it, similar to the right of ownership of a full-fledged land plot. Such a land share may be leased in accordance with the Law of Ukraine “On Land Lease”. Lease of land shares allows to carry out consolidation of lands in the conditions of incompleteness and to this day of the process of division of land shares.

Until September 2020, the consequences of the allocation of land plot from such a share were a topical issue of land lease of shares. The position of the courts of cassation was that in such a situation the lease should be considered terminated. In September 2020, the Grand Chamber of the Supreme Court changed this approach, concluding that the allocation of land from the share is not a ground for termination of the lease agreement and does not impede its implementation. This approach is more optimal and corresponds to the text of the law. The Law of Ukraine “On Land Lease” does not give the landlord the discretion on the possibility of renegotiating the lease agreement after the allocation of land, but says that the agreement is “renegotiated” – that is, in any case.

At the same time, it would not be superfluous to clarify the provisions of the law so that the lease agreement with the allocation of shares in kind is considered automatically changed. After the allocation of a plot of land, information about such a plot will already be entered in the state registers, so duplicating the same information in the additional agreement is not necessary for the proper execution of the lease.

Key words: the right to a land share (unit), division of land shares, lease, land plot, scheme of division of land shares.

Вступ. Право на земельну частку (пай) не є відомим правопорядком більшості країн Європи. Воно є результатом спроби «роздержавити» власність на землю та передати землі, що перебували у колективній власності колишніх колгоспів, їх членам. За своєю суттю це право мало бути проміжним етапом в одержанні у власність земель, але на практиці це явище існує і досі (попри те, що процес був розпочатий понад 25 років тому). Саме з метою уникнення безгосподарного використання розпайованих земель і була передбачена можливість передавання паїв в оренду. Мета статті – окреслити актуальні проблеми такої оренди.

Уточнення щодо процедури паювання. Розпаювання земель розпочалось 10 листопада 1994 р. з ухваленням Указу Президента України «Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва» № 666/94 (далі – Указ № 666/94) [1]. У подальшому процедура паювання була уточнена Указом «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» від 8 серпня 1995 р. № 720/95 (далі – Указ № 720/95) [2].

Маємо зазначити, що до початку розпаювання існувало суміжне поняття, передбачене Земельним кодексом (ЗК) України 1992 р., – так звана «середня земельна частка». Втім пай і середня земельна частка не є поняттями з однаковим змістом. Право на земельну частку передбачало більш широке коло суб'єктів (не лише члени колективних сільськогосподарських підприємств, КСП) та ширший об'єкт (землі у межах території відповідної Ради). Як уважає Т.О. Коваленко, процедура розпаювання суперечила схемі набуття та реалізації права на середню земельну частку відповідно ЗК України 1992 р. [3, с. 105]. Водночас упродовження нової процедури (паювання) може бути пояснене тим, що на той момент не існувало повноцінного механізму реалізації права на середню земельну частку [4, с. 148].

У 2001 році у законодавстві з'явилися нові норми, що стосувались паювання, зокрема ч. 1 ст. 25 нового (чинного) ЗК України та ч. 3 ст. 35 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 р. №796-ХІІ. Так, ст. 25 ЗК України передбачає право на земельну частку (пай) працівників державних та комунальних закладів освіти, культури, охорони здоров'я, а також пен-

сіонерів із їх числа, ч. 3 ст. 35 Закону України «Про статус і соціальний захист громадян, які постраждали внаслідок Чорнобильської катастрофи» від 28 лютого 1991 року № 796-ХІІ, тобто громадян, евакуйованих із зони відчуження, відселених із зони безумовного (обов'язкового) або зони гарантованого добровільного відселення, а також громадян, що самостійно переселилися з територій, які зазнали радіоактивного забруднення і які на момент евакуації, відселення або самостійного переселення були членами колективних або інших сільськогосподарських підприємств, а також пенсіонерів із їх числа.

Таким чином, було розширене коло суб'єктів, які могли отримати земельну частку (пай). Втім ми маємо справу з термінологічною неточністю. Наведені норми 2001 року передбачали додаткову процедуру приватизації земель, а не паювання. Паї у цих випадках виокремлюються із земель державної власності та земель територіальної громади, а не із земель сільськогосподарських підприємств. Подібне тлумачення підтримане і Великою Палатою Верховного Суду (постанова від 13 листопада 2019 р. у справі № 823/1984/16) [5, п. 92; див. також 6].

Відповідно, в межах цієї статті ми ведемо мову про оренду земельних часток (паїв) членів сільськогосподарських підприємств.

Що таке земельна частка (пай)? У теорії земельного права переважає підхід, за якого земельна частка (пай) не може вважатись самостійною земельною ділянкою. П.Ф. Кулинич визначає її так: «Умовна частка сільськогосподарських земель [курсив – М.Б.], розмір якої визначений як середній у господарстві в умовних кадастрових гектарах» [7, с. 50]. Т.О. Коваленко пропонує таке визначення: «Оцінена в грошовому виразі та визначена в умовних кадастрових гектарах частина переданих у колективну власність сільськогосподарських угідь недержавного сільськогосподарського підприємства, яка визначає рівновелику частку участі члена підприємства в земельному пайовому фонді господарства і може бути в установленому чинним законодавством порядку витребувана в натурі (на місцевості) у самостійну земельну ділянку [курсив – М.Б.]» [8, с. 6]. За І.І. Каракашем, земельна частка (пай) – це «невиділена в натурі частина земельної ділянки [курсив – М.Б.] із земель сільськогосподарського призначення, яка враховується в умовних (кадастрових) гектарах» [9, с. 12].

Визначення паю наводиться і в судовій практиці. Так, Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду підкреслює: «на відміну від земельної ділянки земельна частка (пай) є умовною часткою земель, які належали колективним сільськогосподарським підприємствам, сільськогосподарським кооперативам, сільськогосподарським акціонерним товариствам і розмір якої визначено в умовних кадастрових гектарах» [10; 11; 12].

Незважаючи на наведені дефініції, стверджуємо, що земельна частка (пай) може вважатись повноцінною земельною ділянкою у розумінні ст. 79 ЗК України, навіть якщо є реєстрація у Державному земельному кадастрі (далі – ДЗК). Така ситуація можлива за умови, якщо існує схема поділу паїв. Тоді об'єктом права виступатиме визначена частина масиву розпайованих земель із відомим місцезнаходженням та межами. Втім у цьому контексті маємо звернути увагу на невдалу редакцію ст. 79-1 ЗК України, яка суперечить зі ст. 79 ЗК і яка вимагає внесення додаткових відомостей до ДЗК. Крім того, вбачається суперечність із правом передавання паю в оренду, передбаченим Законом України «Про оренду землі». Маємо підкреслити, що наявність відомостей у ДЗК не може бути виключним критерієм для встановлення існування земельної ділянки як об'єкта прав, адже у ДЗК лише фіксується фактичний стан справ. Відсутність реєстрації у ДЗК не є тотожною відсутності встановлених меж паю як ділянки.

Чи є право на земельну частку (пай) речовим? У науці земельного права поширеним є підхід, згідно з яким

право на земельну частку є зобов'язальним. Наприклад, Т.О. Коваленко визначає його як «право громадянина України чи юридичної особи України вимагати виокремлення конкретної земельної ділянки в натурі (на місцевості), яке має зобов'язальний характер [курсив – М.Б.] і характеризується особливим суб'єктним складом, змістом, підставами його набуття та припинення». Схожої думки дотримуються також М.В. Шульга [13, с. 58] та В.І. Семчик [14, с. 253]. Водночас А.М. Мірошніченко розглядає право на пай «як речове право вимоги [яке] є своєрідним різновидом так званих «прав на чужі речі» [15, с. 37].

Вважаємо, що право на земельну частку не завжди є зобов'язальним. За умов наявності схеми поділу земельна частка може бути прирівняна до повноцінної земельної ділянки. Відповідно, в такому разі право на пай є речовим і своєрідним правом власності на земельну частку як специфічний різновид земельної ділянки. Таке право дає змогу його суб'єктові здійснювати всі три правомочності власника, зокрема й передавати пай в оренду.

Можливість передавання паю в оренду підтверджує речовий характер цього права з огляду на принцип *Nemo plus iures transferre potest quam ipse habet* («Ніхто не може передати більше прав, ніж має сам»). У процесі оренди земельної частки її власник наділяє орендаря правом користування. З огляду на особливий статус оренди землі як речового права, орендар наділяється і правом володіння, адже через особливості українського законодавства і статус права оренди землі до речового права орендареві надається і право володіння. Це підтверджує наявність у власника паю класичної тріади правомочностей, передбаченої у ч. 1 ст. 317 Цивільного кодексу (далі – ЦК) України.

Регулювання оренди земельної частки (паю). Опція передавання земельної частки в оренду була вперше закріплена в Указі Президента України «Про оренду землі» від 23 квітня 1997 р. №367/97. Згідно з п. 2 Указу дві або більше особи, які мають сертифікати, що засвідчують їх право на земельну частку (пай), могли за їх бажанням здавати в оренду спільну земельну ділянку через уповноважену ними особу. При цьому коло орендарів не було обмеженим. П. 1 Указу Президента «Про захист прав власників земельних часток (паїв)» від 21 квітня 1998 р. було уточнено: починаючи з 1 січня 1999 р., сільськогосподарські підприємства, які використовували землю для сільськогосподарського виробництва (орендарі), за бажанням селян-пенсіонерів, які мають право на земельну частку (пай) (орендодавці), укладали з ними договори оренди цих паїв.

У цій ситуації ми зіштовхуємось із підміною понять, адже в наведених нормах ішлося не стільки про оренду паїв (як можливість передавання паїв у користування будь-яким третім особам паїв за плату), скільки про компенсацію з боку сільськогосподарських підприємств власникам часток за невитребування паїв у натурі (на місцевості). Як слушно підкреслює А.М. Мірошніченко, у такому разі оренда «фактично передбачає стимулювання суб'єкта права на земельну частку (пай), щоб він утримувався від реалізації свого права на виокремлення земельної частки (паю) в натурі» [16, с. 209].

Наразі законодавство уможливило і «повноцінну» оренду паю (як земельної ділянки). Така можливість була встановлена Законом України «Про оренду землі» від 6 жовтня 1998 р. № 161-ХІV. У першій редакції Закону (ч. 4 ст. 7) передбачено, що громадяни, які мають право на земельну частку (пай) у недержавному сільськогосподарському підприємстві, можуть передати в оренду відповідну земельну ділянку лише для сільськогосподарського використання в порядку, визначеному Земельним кодексом України та законами України. Чинна (нова) редакція Закону України «Про оренду землі» встановлює можливість передавання земельної частки (паю) в оренду в розділі ІХ «Перехідні положення», відповідно до якого громадяни-власники сертифікатів на право на земельну частку (пай) до надання

їм у натурі (на місцевості) земельних ділянок мають право укладати договори оренди земель сільськогосподарського призначення, місце розташування яких визначається з урахуванням вимог раціональної організації території і компактності землекористування (відповідно до цих сертифікатів із дотриманням вимог цього Закону).

Із наведеного вище положення Верховний Суд України у 2015 році зробив висновок, що законодавством передбачено право оренди земельних часток (паїв) єдиним масивом (полем) згідно зі схемою поділу земель, без установлення меж кожної окремої ділянки та закріплення їх межовими знаками [17; 18; 19]. Отож, суд зробив, на наш погляд, хибний висновок, що оренді підлягає весь масив розпайованих земель разом, а не кожний окремий пай. Цим право на земельну частку (пай) було не виправдано та звужено всупереч закону.

Л.П. Заставська вважає, що оренда земельної частки (паю) суперечить суті орендних відносин, позаяк межі земельної частки (паю) «земельна частка (пай) як умовна частка землі, розміри та місце розташування якої на місцевості не визначені, не може бути об'єктом оренди» [20, с. 17]. Подібну позицію поділяє і В.І. Семчик, який підкреслює, що пайовик повноцінної ділянки не має, а в оренду передаватись може лише конкретно визначена ділянка [21, с. 260]. Оскільки ж земельна частка (пай) за наявності схеми поділу паїв може вважатись земельною ділянкою, ми маємо визнати, що і можливість її передавання в оренду є прийнятною. В межах масиву розпайованих земель та за умови наявності схеми поділу пайовики з достатньою точністю можуть визначити як розташування ділянки, так і її розмір (ураховуючи формулу розрахунку площі і переведення умовних кадастрових гектарів у фактичні гектари).

Однак маємо визнати, що оренда земельних часток (паїв) має недоліки, враховуючи те, що відомості про пай не внесені до Державного земельного кадастру. Водночас це не є підставою для позбавлення власників таких паїв права користування та розпорядження власною землею. Така оренда дозволяє проводити хоча б на рівні користування консолідацію сільськогосподарських земель, чим і користуються великі та середні сільськогосподарські товаровиробники.

Оренда після виділення в натурі (на місцевості) земельної ділянки. Проблемним питанням щодо оренди земельних часток (паїв) є наслідки для такої оренди виокремлення з паю конкретної земельної ділянки.

Відповідно до абз. 2 Розділу IX «Перехідні положення» Закону України «Про оренду землі» після виокремлення в натурі (на місцевості) земельних ділянок власникам земельних часток (паїв) договір оренди землі переукладається відповідно до державного акта на право власності на земельну ділянку на тих самих умовах, що і раніше укладений, і може бути змінений лише за згодою сторін. При цьому також зазначено, що припинення дії договору оренди допускається лише у випадках, визначених цим Законом. Однак у судовій практиці сформульовано висновок, що переукладення договору оренди земельної частки (паю) після виокремлення в натурі (на місцевості) земельної ділянки і одержання власником земельної частки (паю) державного акта на право власності на земельну ділянку можливе лише за наявності волевиявлення на те сторін [22; 23]. Крім того, також існує позиція, за якою з часу отримання правостановлювального документа на земельну ділянку після виокремлення в натурі (на місцевості) земельної частки (паю) договір оренди такого паю припиняє свою дію, не дивлячись на те, що така підстава для припинення договору безпосередньо не передбачена земельним законодавством (ст. ст. 140, 141 ЗК України, Законом України «Про оренду землі»). У такому разі суди виходили з того, що з часу отримання правостановлювального документа на виокремлену земельну ділянку особа (орендодавець) набуває статусу власника конкрет-

ної земельної ділянки, через що, відповідно, зникає предмет оренди [24; 25; 26].

Схожу позицію, висловлену ВССУ, підтримував і Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду, розмежовуючи предмет договору оренди земельної ділянки і предмет договору оренди земельної частки (паю). При цьому суд наголошує, що предметом договору оренди землі є конкретна земельна ділянка, тобто частина земної поверхні з установленними межами, певним місцем розташування, з визначеними щодо неї правами. У разі ж оренди земельної частки (паю) предметом договору оренди є право на земельну частку (пай), що перебуває у колективній власності, а право на таку земельну частку засвідчується сертифікатом [27]. Останню тезу, висловлену КГС ВС, вважаємо не зовсім коректною, адже предметом договору оренди паю є земельна частка, а не право на неї. Враховуючи різні позиції у законодавстві щодо того, що саме становить оренда паю, маємо уточнити, що в описаних вище випадках ідеться саме про оренду паю як різновиду земельної ділянки, тобто надання можливості орендареві використовувати переданий в оренду пай на власний розсуд.

Маємо вказати на позитивну зміну судової практики. Велика палата Верховного Суду постановою від 1 вересня 2020 р. у справі № 233/3676/19 витлумачила закон на користь орендарів [28]. Так, було зроблено висновок: «[В]икористане словосполучення «переукладення договору», яке вживається сторонами в договорі оренди паю та законодавцем у частині другій розділу IX «Перехідні положення» Закону України «Про оренду землі», слід розуміти як *укладення нового договору на тих самих умовах, що і раніше укладений договір оренди земельної частки (паю)* [курсив – М.Б.], з урахуванням відповідних змін, що вимагаються в частині предмета оренди відповідно до правового статусу виокремленої на місцевості земельної ділянки, так і внесення змін до договору оренди земельної частки (паю) з метою його приведення в частині предмета оренди у відповідність до правового статусу виокремленої на місцевості земельної ділянки» [28, п. 68].

Крім того, суд додав, що «виокремлення земельної ділянки в натурі та набуття права власності на неї жодним чином не впливає на дійсність договору оренди земельної частки (паю) та не перешкоджає виконанню цього договору» [28, п. 72]¹.

Ми цілком погоджуємось саме з таким підходом до вирішення проблеми. Закон України «Про оренду землі» був спрямований на забезпечення стабільності відносин і на те, щоб такий договір із виокремленням в натурі паю не припинявся. Так, Закон не надає орендодавцеві можливості переукладення договору оренди після виокремлення земельної ділянки, а говорить про те, що договір «переукладається», тобто у будь-якому разі. Вважаємо, що орендар у такому разі має право позиватись щодо спонукання орендодавця на укладення нового договору оренди виокремленої в натурі (на місцевості) земельної ділянки.

Водночас вважаємо за доцільне внести зміни до Закону, які б передбачали, що договір із виокремленням паю в натурі не припиняється, а автоматично змінюється (без необхідності укладення сторонами додаткової угоди). З виокремленням ділянки інформація про неї міститиметься у ДЗК та Державному реєстрі речових прав, дублювати дані публічних реєстрів не є необхідним для належного виконання договору оренди.

Висновки. За наявності затвердженої схеми поділу паїв земельна частка, як і земельна ділянка, має визначені в натурі межі, які з достатньою точністю дозволяють

¹ Там же ж указано таке: «Виокремлення земельної ділянки в натурі також не може бути обставиною, що є підставою для розірвання договору відповідно до статей 651, 652 ЦК України, як-от «істотною зміною обставин». Виокремлення земельної ділянки в натурі не лише не зумовлене причинами, які заінтересована сторона (орендодавець) не могла усунути після їх виникнення, не дивлячись на всю турботливість і обачність (пункт 2 частини другої статті 652 ЦК України), а є безпосереднім наслідком свідомих дій із цього боку».

відмежувати її від суміжних паїв і ділянок. У такому разі різниця полягає лише в тому, що через положення чинного законодавства відомості про паї не вносяться до Державного земельного кадастру, а власник паю має пройти додаткову процедуру, щоб формально виокремити в натурі (на місцевості) ділянку з такої земельної частки (паю).

Історично можна виокремити два види оренди земельних часток (паїв): (1) власне оренда паю як земельної ділянки; (2) оренда як засіб для утримання власнику паю від виокремлення земельної частки в натурі (при цьому орендарем виступало КСП, із земель якого і виділявся пай). Наразі другий вид оренди майже відсутній. Незважаючи на акцентовані у доктрині недоліки оренди земельних часток (паїв), вона все ж має існувати, адже в іншому разі власники паїв будуть позбавлені права користування та розпорядження власною землею. Крім того, така оренда дозволяє проводити хоча б на рівні користування консолідацію сільськогосподарських земель.

Закон України «Про оренду землі» був спрямований на забезпечення стабільності відносин і на те, щоб такий договір із виокремленням паю в натурі не припинявся. Закон не надає орендодавцеві розсуду щодо можливості переукладення договору оренди після виокремлення земельної ділянки, а говорить про те, що договір (безальтернативно) «переукладається». У такому разі орендар має право позиватися щодо спонукання орендодавця на укладення нового договору оренди виділеної в натурі (на місцевості) земельної ділянки. Цей же підхід підтриманий і актуальною приведеною судовою практикою. Водночас бажаним було б уточнення законодавства, за якого договір із виокремлення паю в натурі не припиняється, а автоматично змінюється (без необхідності укладення сторонами додаткової угоди). Після виокремлення ділянки з паю інформація про неї міститиметься у ДЗК та Державному реєстрі речових прав, тому для належного виконання договору оренди немає практичної необхідності в дублюванні цих публічних реєстрів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про невідкладні заходи щодо прискорення земельної реформи у сфері сільськогосподарського виробництва : Указ Президента України від 10 листопада 1994 р. №666/94 / Президент України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/666/94#Text> (дата звернення 28.04.2021).
2. «Про порядок паювання земель, переданих у колективну власність сільськогосподарським підприємствам і організаціям» : Указ Президента України від 8 серпня 1995 року №720/95 / Президент України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/720/95#Text> (дата звернення 28.04.2021).
3. Коваленко Т.О. Реалізація принципу законності у регулюванні земельних відносин в Україні: проблеми законодавчого забезпечення. Київ, 2017. 672 с.
4. Зубрицький О.В. Правове регулювання обігу земель сільськогосподарського призначення в Україні та країнах ЄС: порівняльно-правовий аспект : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2019. 234 с.
5. Верховний Суд, Велика Палата: Постанова від 13.11.2019 р. № 823/1984/16. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86401174> (дата звернення 28.04.2021).
6. Верховний Суд, Касаційний адміністративний суд : Постанова від 13.05.2020 №820/3018/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89191359> (дата звернення 28.04.2021).
7. Кулинич П.Ф. Право на земельну частку (пай) та його реалізація. *Юридичний журнал*. 2003. №2. С. 44–51.
8. Коваленко Т.О. Правові аспекти реструктуризації недержавних сільськогосподарських підприємств : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2002. 15 с.
9. Каракаш І.І. Право собственности на землю и право землепользования в Украине: науч.-практ. пособие. Киев, 2004. 216 с.
10. Верховний Суд, Касаційний господарський суд : Постанова від 17.01.2019 №908/1947/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/79314175> (дата звернення 28.04.2021).
11. Верховний Суд, Касаційний господарський суд : Постанова від 19.05.2020 №902/186/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89484939> (дата звернення 28.04.2021).
12. Верховний Суд, Касаційний господарський суд : Постанова від 11.12.2018 №902/570/17. 2018. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/78518622> (дата звернення 28.04.2021).
13. Земельне право : підручник / М.В. Шульга, Н.О. Багай, В.І. Гордєєв та ін.; за ред. М.В. Шульги. Харків, 2013. 520 с.
14. Семчик В.І. Земельний пай: законодавство і практика. *Навчаючись, навчаю... : вибрані праці : до 85-річчя від дня народження*. Київ, 2012. С. 252–257.
15. Мірошниченко А.М. Правова природа та проблеми реалізації права на земельну частку (пай). *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка. Юридичні науки*. 2005. Вип. 63–64. С. 37–40.
16. Мірошниченко А.М. Оренда права на земельну частку (пай) як різновид «зобов'язальної» оренди. *Актуальні проблеми земельних, аграрних та екологічних відносин в умовах сучасної земельної реформи: збірник матеріалів науково-практичної конференції (м. Харків, 22 травня 2020 року)*. Харків, 2020. С. 208–211.
17. Верховний Суд України : Постанова від 25.02.2015 №6-219цс14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42886585> (дата звернення 28.04.2021).
18. Верховний Суд України : Постанова від 25.02.2015 №6-10цс15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42886584> (дата звернення 28.04.2021).
19. Постанова Верховного Суду України від 18.03.2015 №6-3цс15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43205712> (дата звернення 28.04.2021).
20. Заставська Л.П. Право власності на землю в Україні (розвиток та основні риси): автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.06. Київ, 2003. 19 с.
21. Семчик В.І. Земельний пай не може бути предметом оренди. *Навчаючись, навчаю... : вибрані праці : до 85-річчя від дня народження*. Київ, 2012. С. 257–262.
22. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Ухвала від 11.11.2015 № 6-17695ск15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53950549> (дата звернення 28.04.2021).
23. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Ухвала від 11.11.2015 № 6-19716св15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53571013> (дата звернення 28.04.2021).
24. Верховний Суд України: Рішення від 27.01.2010 № 6-6200св09. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8039299> (дата звернення 28.04.2021).
25. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Ухвала від 09.11.2011 № 6-16823св11. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/19511679> (дата звернення 28.04.2021).
26. Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ: Ухвала від 23.07.2014 № 6-20084св14. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/40038303> (дата звернення 28.04.2021).
27. Верховний Суд, Касаційний господарський суд: Постанова від 20.03.2018 № 922/2279/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/72972420> (дата звернення 28.04.2021).
28. Верховний Суд, Велика палата: Постанова від 01.09.2020 № 233/3676/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91644734> (дата звернення 28.04.2021).

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ РИНКУ ЗЕМЛІ СІЛЬСЬКОГОСПОДАРСЬКОГО ПРИЗНАЧЕННЯ: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД ТА УКРАЇНСЬКІ РЕАЛІЇ**LEGAL REGULATION OF AGRICULTURAL LAND MARKET: EUROPEAN EXPERIENCE AND UKRAINIAN REALITIES**

Волчкова М.І., студентка IV курсу факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті авторами висвітлено стан використання земель сільськогосподарського призначення в Україні. Проаналізовано поняття «ринок землі», зазначено, що воно є дискусійним, наведено різні погляди на його визначення. Проаналізовано положення Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення», прийнятого 31 березня 2020 року, відповідно до якого буде відбуватися відкриття ринку землі в Україні. Авторами зазначили, що існує можливість того, що з 1 липня 2021 року ринок земель сільськогосподарського призначення не почне функціонувати, з огляду на думку члену комітету Верховної Ради з питань аграрної та земельної політики Сергія Лабазюка. Виокремлено переваги й недоліки скасування мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення. Проаналізовано досвід таких європейських країн, як Франція, Німеччина, Латвія, Румунія та Польща, у регулюванні ринку земель сільськогосподарського призначення. Розглянуто історичні етапи формування ринку, особливості державної політики в цій сфері. Авторами виявлено, що в цих країнах ринок земель сільськогосподарського призначення добре розвинений та ефективно працює, що має позитивні наслідки для економіки цих країн. Проаналізувавши досвід, виділили спільні елементи ефективного механізму регулювання ринку землі в європейських країнах, які можна запровадити запровадженні в Україні. Наголошено на тому, що після відкриття ринку землі необхідно запобігти зосередженню в руках однієї особи чи близьких до неї осіб великої кількості земель сільськогосподарського призначення та варто створити ефективний контролюючий орган, основними функціями якого буде нагляд за операціями купівлі-продажу, за метою та ціною договору; запобігання спекуляції на ринку землі. Акцентовано увагу на тому, що необхідно вдосконалити законодавство в земельній сфері, організаційні й інформаційні умови для проведення земельної реформи. Законодавцям варто врахувати досвід тих європейських країн, що проаналізовані в статті

Ключові слова: земельна реформа, ринок землі, європейський досвід, державна політика, мораторій, землі сільськогосподарського призначення.

In the article, the authors reflect the state of agricultural land use in Ukraine. Analyzed the concept of "land market", we note that it is debatable, so there are different views on its definition. The provisions of the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the turnover of agricultural land", adopted on March 31, 2020, in accordance with which the land market in Ukraine will gradually develop, have been analyzed. The authors noted that there is a possibility that the agricultural land market will not begin to function as of July 1, 2021, referring to the opinion of a member of the Parliamentary Committee on Agrarian and Land Policy Sergii Labaziuk. The authors also highlighted the advantages and disadvantages of lifting the moratorium on the sale of agricultural land. The experience of such European countries as France, Germany, Latvia, Romania, and Poland in regulating the agricultural land market was analyzed in the article. The historical stages of the formation of this market and features of state policy in this area are considered. The authors have revealed that in these countries the agricultural land market is well developed and functions effectively, which has positive consequences for the economy of these countries. Having analyzed this experience, the general elements of an effective mechanism of regulation of the agricultural land market in the European countries, which can be implemented into the Ukrainian legislation. It is noted that after the market of agricultural land is necessary to prevent the concentration in the hands of one person or persons close to him a large number of agricultural land and also necessary to create an effective regulatory authority, whose main functions will be to supervise the operations of sale and purchase, the purpose and price of the contract and to prevent speculation in the market land. It is emphasized that the legislation in the land sphere, organizational and informational conditions for the land reform should be improved, and legislators should take into account the experience of those European countries that have been analyzed in this article.

Key words: land reform, land market, European experience, state policy, moratorium.

Земля є найбільшим національним багатством України, у нашій країні налічується приблизно 800 видів ґрунтів, більшість із яких – це чорноземи, які займають 27,8 млн га, що становить 8,7% від світових їх площ, і є основним фондом отримання рослинницької продукції. Вони становлять основну площу сільськогосподарських угідь України – 67,7% [1, с. 9]. Однак сьогодні ми можемо спостерігати, що землекористування є неефективним і нераціональним, законодавство в цій сфері є недостатньо врегульованим.

Земельне питання є дуже актуальним в Україні. Три-валлий час у країні діє мораторій на вільний продаж сільськогосподарських земель, однак, відповідно до Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення», прийнятого 31 березня 2020 року [2], буде поетапно відбуватися становлення ринку земель сільськогосподарського призначення.

Метою статті є узагальнення досвіду деяких європейських країн для запозичення та впровадження оптимальної й ефективної моделі використання земель сільськогосподарського призначення і становлення ринкового обігу земель в Україні.

Питання правового регулювання ринкового обігу земель сільськогосподарського призначення в європей-

ських країнах досліджують у працях П.Ф. Кулинич, А.М. Мірошниченко, В.В. Носік, А.М. Ряснянська, О.В. Ходаківська, В.М. Будзьяк, П.Т. Саблук, І.В. Юрченко.

Саме поняття «ринок землі» є досить дискусійним серед науковців. Так, наприклад, В.М. Будзьяк розглядає ринок земель сільськогосподарського призначення як систему економіко-правових, організаційно-економічних та управлінських відносин між суб'єктами приватної, державної й комунальної форм власності з метою передачі або продажу на тих чи інших умовах прав на власність [3, с. 119]. На думку П.Т. Саблука, ринок – це угода з купівлі-продажу, оренди та іпотеки земельних ділянок [4]. У свою чергу, М.М. Федоров зазначає, що це процес визначення вартості землі та включення її як капіталу в економічний оборот, здійснення цивільно-правових угод із приводу переходу права власності на земельну ділянку або користування нею в установленому законодавством порядку з урахуванням попиту та пропозиції [5, с. 58].

Як уже зазначалося раніше, питання відкриття ринку земель сільськогосподарського призначення висвітлено в Законі України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення». Отже, відповідно до нього, з 1 липня 2021 року право придбати сільськогосподарські землі отри-

мають лише громадяни України – фізичні особи – з обмеженням до 100 га. Землі сільськогосподарського призначення державної та комунальної власності продаватися не будуть. Юридичні особи, зареєстровані в Україні, зможуть купувати сільськогосподарську землю з 1 січня 2024 року. До 1 січня 2030 року ціна продажу земельних ділянок сільськогосподарського призначення, виділених у натурі (на місцевості) власникам земельних часток (паїв), не може бути меншою за їх нормативну грошову оцінку. Розрахунки, пов'язані зі сплатою ціни земельних ділянок сільськогосподарського призначення за цивільно-правовими угодами, провадяться в безготівковій формі. Банки можуть бути власниками земельних ділянок лише в порядку стягнення застави, які реалізуються на торгах протягом двох років. Загальнонаціональним референдумом вирішуватися питання допуску іноземців до купівлі землі в Україні. Цим Законом передбачено перелік осіб, як фізичних, так і юридичних, яким за будь-яких умов, у тому числі і в разі схвалення на референдумі, рішення забороняється набуття права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення, а саме: іноземним громадянам у 50 км зоні від державного кордону України, юридичним особам, учасниками яких є громадяни держави-агресора, фізичним особам, щодо яких застосовані санкції, тощо. Загальна площа земельних ділянок сільськогосподарського призначення у власності громадянина України не може перевищувати десяти тисяч гектарів [2].

Однак варто зазначити, що є ризик того, що ринок земель сільськогосподарського призначення не почне функціонувати з 1 липня 2021 року. Так, зазначається, що всі українці очікують, що в липні буде можливість продавати чи купувати землю. Натомість ми отримаємо бомбу сповільненої дії, оскільки закон не передбачає чіткої процедури оцінки та продажу землі. У цьому й полягає основна прогалина документа. Тому наступних півроку після відкриття ринку Рада разом із Кабміном буде зобов'язана в терміновому порядку доопрацьовувати законодавство, ухвалювати ті законопроекти, які ми рекомендували ще в минулому році. І тільки в такому форматі можливий повноцінний запуск ринку землі. За його прогнозами, це станеться не раніше 2022 року [6].

Проаналізувавши норми українського законодавства з питання регулювання ринку земель сільськогосподарського призначення, вважаємо за доцільне розглянути досвід європейських країн, таких як Франція, Німеччина, Румунія, Латвія та Польща, з метою запозичення досвіду державного регулювання ринкового обігу земель.

Так, у Румунії становлення ринку земель відбувалося досить швидкими темпами особливо після вступу до Європейського Союзу. Варто зазначити, що площа сільськогосподарських угідь становить 14,7 млн га, з яких 64% – орні землі. Однією із цілей земельної реформи в Румунії було підвищення обсягів і продуктивності виробництва сільськогосподарського сектору. Ринок землі в цій країні є відкритим з обмеженнями. Громадяни Європейського Союзу, а також Ісландії, Ліхтенштейну та Норвегії мають право купувати землю сільськогосподарського призначення за умови, що ця земля буде використовуватися за призначенням. Варто зазначити, що іноземні підприємства володіють земельними ділянками сільськогосподарського призначення, площа яких становить 11% від загальної площі ріллі [7].

Покупці, які є місцевими жителями, мають право купувати землю сільськогосподарського призначення площею до 100 га. Також вони повинні мати знання або досвід роботи у сфері сільського господарювання. Кожна земельна угода повинна бути опублікована й зареєстрована в місцевих або центральних структурах Міністерства сільського господарства та розвитку сільських районів. Щодо переважного права на придбання землі, то варто зазначити, що ним користуються співвласники, орендарі, власники земельних ділянок, що знаходиться поблизу тієї

ділянки, яка продається, а також Румунське агентство громадської власності. Відкриття ринку землі стали основною причиною стрімкого зростання середніх цін на сільськогосподарські землі. Отже, у 2004 році ціна становила \$360, а вже у 2005 році ціна зросла в три рази – до \$1,145 [7]. За даними 2019 року, у країні ціна за землю сільськогосподарського призначення залежно від регіону варіюється від 2700 євро до 8700 євро [8].

У свою чергу, у Латвії метою проведення земельної реформи було повернення права власності на землі сільськогосподарського призначення спадкоємцям тих родин, які вели господарську діяльність на цій землі до 21 липня 1940 року. Відповідно до цієї реформи, ці особи отримали право купувати землю в приватну власність і змінювати її цільове призначення, а в громад з'явилася можливість планувати території відповідно до потреб суспільства, охорони й раціонального використання землі. З кінця 2008 року громадяни Латвії отримали повноцінні права на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення. Ринок землі в країні був повністю відкритий без обмежень до 2017 року. Після відкриття ринку землі більше половини земель сільськогосподарського призначення належали іноземним компаніям, а місцеві жителі були змушені орендувати землі в іноземних власників, за даними Латвійського земельного фонду, не всі землі, придатні до обробітку земель використовувалася. У 2017 році Сейм прийняв зміни до Закону «Про приватизацію землі в сільській місцевості», відповідно до яких було спрощено умови придбання землі для громадян Латвії – місцевих жителів, а також ускладнено умови для іноземців. Зокрема, передбачили заборону купувати земельні ділянки, якщо вони постійно не проживають у Латвії. Якщо в покупця з'явився намір придбати землю, то він має володіти латиською мовою та латиською мовою подати план землекористування, відповіді на всі питання комісії спеціального органу самоврядування латиською мовою. Не менш важливою зміною є передбачення переважного права викупу земельної ділянки, відповідно до цього, якщо власник забажає продати землю, це право належить орендарю землі, органу місцевого самоврядування та Латвійському земельному фонду. З метою запобігання концентрації земель у власності однієї особи або пов'язаних між собою осіб, існує обмеження, що одна фізична чи юридична особа може отримати у власність до 2000 га [9].

У сільськогосподарському виробництві Польщі зайнято 11,2% активної робочої сили. Землі сільськогосподарського призначення займають 47,1% території країни, 35,2% становить рілля. Земельна реформа в Польщі почалася ще в 1991 році з прийняттям Закону «Про управління державними сільськогосподарськими землями», відповідно до якого, на відміну від Латвії, Румунії, було вирішено відмовитися від реституції, однак позови про повернення втрачених прав власності розглядалися в рамках цивільного права на індивідуальній основі. Основною метою земельної реформи було формування прозорого ринку сільськогосподарських земель, створення фермерських господарств сімейного типу захист та охорона земель сільськогосподарського призначення [10].

До 2016 року іноземці не мали права купувати землю сільськогосподарського призначення. Сьогодні вони мають на це право, якщо вони одружені з громадянином (громадянкою) Польщі та мешкали в Польщі останні 2 роки або якщо вони мешкали в Польщі 5 років, після отримання статусу постійного резидента. Землевласниками можуть бути лише суб'єкти, що будуть вести господарську діяльність, фізичні особи повинні мати сільськогосподарську освіту (вторинного або третинного рівня) або досвід роботи в цій сфері (на фермі). Також існує обмеження, що одна особа може мати у власності земельну ділянку сільськогосподарського призначення площею не більше ніж 500 га. Щодо переважного права на

придбання земель сільськогосподарського призначення, то варто зазначити, що воно належить орендарям, якщо вони її орендували не менше трьох років, і Національному центру підтримки сільського господарства [10].

У Німеччині 53% загальної території цієї країни використовуються як сільськогосподарські угіддя, половина з яких класифікуються як менш благополучні для вирощування сільськогосподарських культур. В агропромисловому комплексі країни зайнято близько 20% населення, тоді як безпосередньо в сільському господарстві – лише 1,3%. Нині майже 100% сільськогосподарських земель знаходяться в приватній власності [11].

Приватизація землі Німеччини здійснена в три етапи. Спочатку земля здавали в оренду строком до 12 років, потім було прийнято закони «Про невирішені питання власності» й «Про компенсацію та відшкодування», якими було впроваджено програму викупу землі за зниженою ціною для громадян, які втратили свою землю в 1945 році, і громадян, які займалися сільськогосподарським виробництвом. У подальшому прийняті були закони «Про оцінку сільськогосподарських земель» і «Про подальший розвиток структури ринку в галузі сільського господарства», відповідно до яких землі, які залишилися в державному фонді, продаються за ринковою ціною на конкурсній основі. Ринок землі відкритий, жодних обмежень для громадян Німеччини (фізичних і юридичних осіб) і для іноземців (фізичних і юридичних осіб) не встановлено, однак майбутній власник земель має надати план розвитку господарства. Також відсутні обмеження щодо максимальної площі землі, однак федеральним законом може встановлюватися мінімальна площа. Варто зазначити, що колишні землевласники можуть купити землі залежно від якості ґрунту за нижчою ціною, але власник потім зобов'язується використовувати цю землю в сільському господарстві як мінімум 20 наступних років. У Німеччині діє система контролю за купівлею-продажем земель сільськогосподарського призначення. Отже, у країні діють спеціально уповноваженими організаціями, до повноважень яких належить можливість зупинення процесу купівлі-продажу землі, якщо вони мають підозру в тому, що ця угода має спекулятивний характер, якщо майбутній землевласник не має наміру використовувати землю з метою ведення сільськогосподарської діяльності або ціна є занадто заниженою та не відповідає реальній дійсності [11].

У Франції сільськогосподарське виробництво вважається високопродуктивним та інтенсивним, тому не дивно, що країна посідає перше місце в Європі за обсягом випуску, друге в місці у світі – за експортом сільськогосподарської продукції. За даними BBC News Україна, об'єм виробництва в сільському господарстві Франції 2018 році становив 73 млрд євро, тоді як у Німеччині – 56 млрд євро, а в Італії – 51 млрд євро. Франція має найбільший фонд земель сільськогосподарського призначення серед країн ЄС – 27,8 млн га [12]. Ринок землі в країні відкритий з обмеженнями. Отже, купівля земель сільськогосподарського призначення іноземцями у Франції дозволена, але, коли ціна земельної ділянки перевищує 38 млн євро та коли предметом договору купівлі є виноградники, необхідно отримати додатковий дозвіл від SAFER. Громадяни країни мають переважне право на купівлю сусідніх земельних ділянок, однак вони мають і зобов'язання щодо особистого користування придбаною землею протягом 15 років із заборотою оренди [13].

Варто зазначити, що в країні існує складна система контролю за ринком обігу землі. Отже, операції з купівлі-продажу землі у Франції проходять під контролем Товариств земельного упорядкування та сільського господарства (SAFER), що підпорядковується Міністерству сільського господарства й Міністерству фінансів Франції. Основною функцією SAFER є стимулювання розвитку фермерського господарства за умови встановлення обме-

жень площ земельних ділянок у володінні одного користувача. Товариства земельного упорядкування та сільського господарства містять у своєму складі технічний комітет, до якого входять представники сільськогосподарських організацій і профспілок, місцевої влади, а також представники від міністерств фінансів і сільського господарства, метою якого є розгляд досє потенційних покупців землі сільськогосподарського призначення [13].

Якщо власник земельної ділянки вирішить продати землю, він зобов'язаний повідомити SAFER, який має переважне право на купівлю цієї земельної ділянки за умови, якщо регулятор вирішить, що земля принесе більше користі для Франції, при цьому він має публічно обґрунтувати своє рішення про переважну купівлю. Також SAFER має право зупинити процес купівлі-продажу землі сільськогосподарського призначення, якщо запідозрить, що ціна на землю не відповідає дійсності й занадто занижена чи новий землевласник купує земельну ділянку в спекулятивних цілях або для зміни її цільового призначення. Окрім цього, існує обмеження, відповідно до якого новий землевласник обов'язково повинен мати відповідну (аграрну) освіту або досвід ведення сільськогосподарської діяльності. Орендар землі має переважне право на купівлю землі, якщо SAFER не використовував своє [14].

Проаналізувавши досвід регулювання ринку землі сільськогосподарського призначення деяких європейських країн, можемо виокремити спільні елементи державного регулювання ринку земель, а саме:

- відсутність мораторію на купівлю-продаж земель сільськогосподарського призначення;
- установлення вимог до громадян країни, а саме наявність спеціальної освіти й досвіду роботи у сфері сільського господарства;
- установлення обмеження щодо максимальної площі землі сільськогосподарського призначення, наданої у власність одній особі;
- створення спеціального органу, основною функцією якого є контроль за операціями купівлі-продажу;
- надання переважного права орендарю, органу місцевого самоврядування чи спеціально створеному органу;
- установлення контролю за метою придбання землі сільськогосподарського призначення та ціною договору.

Розглянувши європейський досвід у цій сфері, вважаємо за доцільне навести власні пропозиції щодо вдосконалення українського законодавства в цій сфері.

По-перше, ринок землі має бути відкритий з обмеженнями, а саме: а) щодо площі землі, наданої у власність для юридичних осіб, зареєстрованих в Україні, – до 2000 га, а для громадян України – 200 га; б) для громадян України наявність досвіду ведення сільськогосподарської діяльності; в) для іноземців ценз осілості – 5 років, а також майбутній власник земель має надати план розвитку господарства.

По-друге, варто створити контролюючий орган, який буде слідкувати за проведенням угоди купівлі-продажу та запобігати спекуляції на ринку й монополізації. Також варто детально регламентувати права й обов'язки цього органу; наявність територіальних органів; процес проведення купівлі-продажу земель сільськогосподарського призначення за участю цього контролюючого органу, у тому числі строки, проведення перевірок, підстави для втручання в цю угоду та її зупинення; підстави, за яких цей орган має переважне право на купівлю землі.

По-третє, варто перебачити в законодавстві наявність переважного права на купівлю земель орендарям, власникам земельних ділянок, що знаходяться поблизу тієї ділянки, яка продається, а також контролюючому органу.

Отже, запровадження ринку земель сільськогосподарського призначення в Україні має здійснюватися з урахуванням європейського досвіду регулювання земельних питань, оскільки ринковий обіг цих країн є добре розвинутий і функціонує на належному рівні.

ЛІТЕРАТУРА

1. Позняк С.П. Чорноземи України: географія, генеза і сучасний стан. *Український географічний журнал*. № 1. 2016. С. 9–13. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/UGJ_2016_1_5 (дата звернення: 03.04.2021).
2. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31.03.2020 № 552-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#top> (дата звернення: 03.04.2021).
3. Будзяк В.М. Формування ринку земель сільськогосподарського призначення. *Економіка АПК*. 2008. № 8. С. 118–122.
4. Саблук П.Т. Розвиток земельних відносин в Україні. Київ : ННЦ «Ін-т аграр. екон.», 2006. 395 с.
5. Федоров М.М. Земельна реформа і розвиток ринкових земельних відносин. *Економіка АПК*. 2011. № 7. С. 55–60.
6. Ринок землі в Україні запрацює не раніше 2022 року. URL: https://zamajbutne.com.ua/gynok-zemli-v-ukrayini-zapraczyuye-ne-ranishe-2022-roku-sergij-labazyuk/#.YG_zZ-gzZPY (дата звернення: 05.04.2021).
7. Земельна реформа нових країн-членів ЄС – досвід Румунії. *Agropolit. Гаряча агрополітика*. URL: <https://agropolit.com/spetsproekty/272-zemelna-reforma-novih-krayin-chleniv-yes--dosvid-rumuniyi> (дата звернення: 05.04.2021).
8. Prices for agricultural land in Romania 2019. *Property Investment*. URL: <https://property-invest.net/2019/10/28/prices-for-agricultural-land-in-romania-2019/> (дата звернення: 05.04.2021).
9. Обіг с/г земель – досвід Латвії та п'ять паралелей для України. *Agropolit. Гаряча агрополітика*. URL: <https://agropolit.com/blog/325-obig-s-g-zemel--dosvid-latviyi-ta-pyat-paraleley-dlya-ukrayini> (дата звернення: 06.04.2021).
10. Земельна реформа нових країн-членів ЄС – досвід Польщі. *Agropolit. Гаряча агрополітика*. URL: <https://agropolit.com/spetsproekty/254-zemelna-reforma-novih-krayin-chleniv-yes-dosvid-polschi> (дата звернення: 06.04.2021).
11. Земельна реформа старих країн-членів ЄС – досвід Німеччини. *Agropolit. Гаряча агрополітика*. URL: <https://agropolit.com/spetsproekty/288-zemelna-reforma-starih-krayin-chleniv-yes--dosvid-nimechchini> (дата звернення: 06.04.2021).
12. Закон про землю: як працює ринок у Франції і чи варто Україні переймати її досвід. *BBC NEWS Україна*. URL: <https://www.bbc.com/ukrainian/features-51157111> (дата звернення: 08.04.2021).
13. Кірейцева О.В. Сучасні тенденції функціонування ринку землі у Франції. *Інтернаука : міжнародний науковий журнал*. 2016. № 12 (2). С. 74–76. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/mnj_2016_12%282%29__19 (дата звернення: 08.04.2021).
14. Земельні перетворення Франції. *Агроперспектива*. URL: https://www.agroperspectiva.com/ru/free_article/368 (дата звернення: 08.04.2021).

**КОМПЛЕКСНИЙ ПЛАН ПРОСТОРОВОГО РОЗВИТКУ ТЕРИТОРІЇ
ТЕРИТОРІАЛЬНОЇ ГРОМАДИ: ПРАВОВІ ПИТАННЯ****COMPREHENSIVE PLAN OF SPATIAL DEVELOPMENT
OF THE TERRITORIAL COMMUNITY: LEGAL ISSUES****Надьон А.Р., студентка IV курсу
факультету адвокатури***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого***Скобова О.В., студентка IV курсу
факультету адвокатури***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

У статті було досліджено актуальні питання, які законодавець запропонував розв'язати новим законом № 711 «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель». Закон набирає чинності влітку 2021 року, що дає досить часу для його дослідження та обговорення в колі науковців. З аналізу нормативного акту зрозуміло, що закон суттєво вплине на питання планування територій, зміну цільового призначення земельних ділянок, відчуження їх із метою суспільної необхідності. У роботі розглянуто зміни, які вплинуть на громади й безпосередньо на громадян, проблеми під час оцифрування всієї документації, узгодження нормативно-правових актів із положеннями нового Закону. Для пересічних громадян важливою буде частина комплексного плану просторового розвитку територіальної громади, яка буде містити відомості про землі (території) для безоплатної передачі у власність земельних ділянок державного й комунального майна, а також межі територій, необхідних для розміщення об'єктів, щодо яких відповідно до закону може здійснюватися примусове відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності (що є складниками комплексного плану). Особлива увага авторами була приділена класифікатору видів призначення земельних ділянок і правилам ведення Державного земельного й містобудівного кадастрів; питанню оновлення всієї документації, яке, очевидно, буде стримуватися високою вартістю картографічних робіт для громади, недосконалістю нормативного узгодження та відсутністю достатнього обсягу інформації щодо містобудівних планів та інших документів із кадастрів, що велися та заповнювалися різними органами в різний спосіб. Також в роботі досліджувалися наукові праці минулих років, в яких автори зазначали проблеми й пропонували їх розв'язання на законодавчому рівні, що в більшості випадках виклав законодавець.

Ключові слова: просторовий план розвитку, територіальна громада, Державний земельний кадастр, планування територій, цільове призначення, функціональна зона.

The article examines topical issues proposed by the legislator to define a new law № 711 "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on Land Use Planning". The law enters into force in the summer of 2021, which provides enough time for its study and cooperation among the Nazis. From the analysis of the normative act it is clear that the law significantly affects the issues of spatial planning, change of purpose of land plots, their identification with the involvement of public needs. The articles examine the changes that affect communities and cooperation with citizens, the problems of digitization of all documents, the study of regulations with the provisions of the new law. For resettlement of citizens will be part of a comprehensive plan of spatial development of the territorial community, which will contain information about the land (territory) for free transfer of ownership of land plots of state and communal property, as well as the boundaries of territories required for accommodation, according to law forced feeling of land plots on the grounds of public necessity (which are part of a comprehensive plan). The peculiarities of the authors' attention were determined by the classification of the choice of land plots and the rules of maintaining the State Land and City Cadastres. The issue of updating all documentation, which will obviously join the high cartridge mapping work for communities, imperfect regulatory harmonization and lack of sufficient information on city plans and other cadastral documents, which are large and filled by different bodies in different states. The paper also examines the scientific works of previous years, in which the authors identified problems and proposed solutions at the legislative level, which in most cases covered the legislator.

Key words: spatial development plan, territorial community, State Land Cadastre, territorial planning, purpose, functional zone.

Президентом України 22 липня 2020 року було підписано Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель» (далі – Закон), який вносить зміни до Земельного кодексу України й інших законодавчих актів стосовно планування використання земель. Він набере чинності з 24 липня 2021 року [1]. Закон містить певну новелу для українського законодавства, яка пов'язана зі стрімкими змінами й поліпшеннями для розвитку територіальних громад, а саме запровадженням комплексного планування розвитку територій об'єднаних територіальних громад (далі – ОТГ). Так, власники й користувачі земельних ділянок будуть мати можливість самостійно змінювати цільове призначення земельних ділянок, однак дотримуючись вимог щодо функціонального зонування території. Також заплановано спрощення визначення використання землі через диджиталізацію кадастру шляхом відбиття обмежень: містобудівних обмежень та обмежень використання. Крім того, саме громада буде визначати функціональне планування всіх своїх територій. Вона буде встановлювати режим забудови території [1].

Питаннями планування територій в Україні займалися такі вчені, як Ю.В. Кондратенко [2], А.І. Ріпенко [7], І.В. Ігнатенко [3], О.І. Ущатовська [5] та інші вчені.

Метою статті є дослідження проблемних питань законодавства щодо планування територій, зміни цільового призначення земельних ділянок, внесення інформації до онлайн-ресурсів.

Комплексний план просторового розвитку територіальної громади має розроблятися на всю територію відповідної громади. У собі він міститиме: генеральний план адміністративного центру, генеральні плани й детальні плани території інших населених пунктів, а також межі функціональних зон усієї території територіальної громади з вимогами до забудови й ландшафтної організації таких зон. До комплексного плану можна буде включати раніше затверджені генеральні плани населених пунктів і детальні плани території у випадку, якщо вони узгоджені з планувальними рішеннями комплексного плану (згідно зі ст. 16-1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності») [4].

Необхідність впровадження єдиної правової форми планування земель ОТГ, на думку О.І. Ущатовської, вбачається під час розробки й закріплення на законодавчому рівні єдиного акту, відповідно до якого має забезпечуватись функціональне використання та охорона земель усіх форм власності на землю на основі просторового плану-

вання територій у межах об'єднаних територіальних громад [5].

Важливою частиною планування виступатимуть функціональні зони території з набором дозволених видів цільового призначення земельних ділянок і встановленими обмеженнями щодо забудови. План зонування території відтепер буде обов'язковою складовою частиною генеральних планів населених пунктів. А за межами населених пунктів відомості про функціональні зони з вимогами до забудови й ландшафтної організації включаються безпосередньо до комплексного плану просторового розвитку територіальної громади (згідно з абз. 4 ч. 2 ст. 17 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності») [4].

У Законі поєднується землевпорядна й містобудівна документація. Так, комплексний план просторового розвитку території територіальної громади, а також генеральний план населеного пункту й детальний план території визнаються одночасно містобудівною документацією на місцевому рівні й документацією із землеустрою (згідно зі ст. 25 Закону України «Про землеустрій») [6]. На підставі цього можна буде формувати земельні ділянки комунальної власності територіальної громади (наприклад, для розміщення об'єктів соціальної інфраструктури), а також реєструвати земельні ділянки, які вже були раніше сформовані, проте відомості про які не були внесені до кадастру.

Запропоновані законодавцем зміни нагадують ті пропозиції, які обгрунтував А.І. Ріпенко. Зокрема, він пропонував розв'язати проблему «подвоєння» планувальної документації шляхом перетину містобудівної та землевпорядної документації і використання різних правових засобів до планування територій у населених пунктах і за їх межами, що призводить до дисбалансу територіального розвитку й негативно відбивається на стані містобудівного освоєння територій шляхом: 1) об'єднання планувальної документації; 2) розвитку правового механізму зонування у функціональному (заміна сучасного принципу поділу земель на категорії) та територіальному напрямках [7].

Очікується, що комплексний план буде розроблятися у формі електронного документа, який буде візуалізувати інформацію для Державного земельного кадастру, містобудівного кадастру, інших геоінформаційних систем із можливим відтворенням на паперових носіях (згідно зі ст. 13 ст. 16-1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності») [4].

Усі ці заходи – це перший крок в об'єднанні й впорядкуванні різних видів документації, які наповнювалися в різні періоди різними розробниками й під контролем різних відомств. Це також дозволить актуалізувати їхній зміст і включити нові дані (наприклад, концепції інтегрованого розвитку території). І, звичайно, відповідати на вимогу сучасності – забезпечити їх повноцінне існування в доступному електронному форматі.

О.М. Ковтун вважає, що прийняття Закону є прогресивним кроком на шляху інноваційного аграрного розвитку територіальних громад, які отримали можливість планувати використання земель у межах їхньої території через розробку й затвердження комплексного плану просторового розвитку території територіальної громади [8].

Проте все ще так важко сказати, наскільки швидким буде цей процес (тим більше в масштабі всієї країни, а не окремих об'єднаних територіальних громад), оскільки очевидно, що процес розробки кожного комплексного плану просторового розвитку території територіальної громади й витратний.

Звичайно, без перешкод і не розв'язаних проблем неможливо. Перша перешкода під час розробки комплексних планів території – невизначеність поняття території, щодо якої має юрисдикцію об'єднана територіальна громада (зокрема за межами адміністративного центру й інших населених пунктів, які входять до її складу). Хоча новий закон містить посилання на поширення комплекс-

них планів просторового розвитку, в тому числі на землі за межами населених пунктів, обсяг цих земель залишається не визначеною.

Водночас проект Закону про внесення змін до Земельного кодексу України й інших законодавчих актів щодо вдосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин № 2194 не встановлює автоматичної передачі земель за межами населених пунктів до відання громад, але передбачає, що до комунальної власності належать землі й земельні ділянки за межами населених пунктів, які передані або перейшли із земель державної власності відповідно до закону (ст. 83 Земельного кодексу України зі змінами) – імовірно, йдеться про «ручний механізм» передачі земель за матеріалами інвентаризації, що, вочевидь, не є тотожним повноцінному розпорядженню громадами землями за межами населених пунктів [9]. Без розмежування територій громад (у тому числі узгодження із сусідніми громадами спірних меж) буде неможливо переходити до розробки комплексних планів просторового розвитку.

Важливою для громадян є частина комплексного плану просторового розвитку територіальної громади, яка містить відомості про землі (території) для безоплатної передачі у власність земельних ділянок державної та комунальної власності, а також межі територій, необхідних для розміщення об'єктів, щодо яких відповідно до закону може здійснюватися примусове відчуження земельних ділянок із мотивів суспільної необхідності (що є складниками комплексного плану згідно із ч. 10 ст. 16-1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності») [4]. Не виключено, що саме публічний доступ до цієї інформації зменшить корупційні ризики під час розв'язання питань щодо надання чи вилучення земельних ділянок.

Новий Закон містить у собі також і положення про те, що під час кадастрових зйомок у процесі розробки комплексного плану просторового розвитку території територіальної громади, генерального плану населеного пункту, детального плану території, які проводяться з метою внесення до Державного земельного кадастру відомостей про землі, що передані до 01 січня 2004 року в постійне користування державним і комунальним підприємствам, установам, організаціям або державним і комунальним підприємствам, установам, організаціям, правонаступниками яких вони є, з площ, переданих у постійне користування, виключаються землі (частини земельних ділянок), які раніше вибули з постійного користування, в тому числі внаслідок прийняття рішень органами державної влади й органами місцевого самоврядування (згідно зі ст. 45-1 Закону України «Про землеустрій») [6].

Згідно із ч. 4 ст. 16-1 Закону України «Про регулювання містобудівної діяльності» [4] рішення про затвердження комплексного плану повинно містити, зокрема, відомості про генеральні плани населених пунктів і детальні плани території в межах території територіальної громади, які відповідно до цієї статті визнані такими, що не відповідають вимогам законодавства й / або не узгоджуються з планувальними рішеннями комплексного плану й втрачають чинність одночасно з набранням чинності комплексним планом [4].

Проаналізувавши це положення, стає зрозумілим, що воно може стати каталізатором проблеми під час реалізації проектів будівництва чи реконструкції, які на основі чинного законодавства й за великі фінансові витрати були розроблені й затверджені у вигляді детальних планів території. Проблема в тому, що ці детальні плани можуть опинитися під ризиком скасування. Наприклад, якщо вони не узгоджуються з рішеннями комплексного плану розвитку території громади.

Потрібно відзначити нововведене право самостійно визначати цільове призначення земельної ділянки – в межах допустимих призначень для відповідної функціональної

зони. Як відомо, в Земельному кодексі України наразі перелічено різні категорії земель (ст. 19) і встановлено, що види використання земельної ділянки в межах певної категорії (крім земель сільськогосподарського призначення та земель оборони) визначаються її власником або користувачем самостійно за вимогами, встановленими законом до використання земель цієї категорії з урахуванням містобудівної документації та документації із землеустрою (ч. 5 ст. 20) [10]. Це положення, так само як і ч. 2 ст. 21 Закону України «Про Державний земельний кадастр», передбачає внесення до відомостей кадастру цільового призначення земельних ділянок, а саме категорію земель і вид використання земельної ділянки [11]. Новий Закон визначає, що саме комплексний план просторового розвитку земель визначає категорію земель і вид цільового призначення. А отже, й новий класифікатор видів цільового призначення земельних ділянок, видів функціонального призначення територій та співвідношення між ними має бути затверджено урядом до початку дії нового закону.

Також встановлюється можливість власників земельних ділянок самостійно змінювати категорію та цільове призначення без розробки землепорядної документації та отримання погодження чи рішення органу влади й за умови дотримання таких вимог:

1) цільове призначення можна змінити тільки в межах допустимих видів для відповідної функціональної зони (тобто передумовою реалізації права самостійно змінити цільове призначення є затвердження територіальною громадою відповідних планів зонування та їх реєстрація в кадастрі);

2) зміна цільового призначення не впливає на дію встановлених обмежень у використанні земель; якщо земельна ділянка перебуває в користуванні (наприклад, оренда, емфітевзис, суперфіцій) або в заставі, то потрібне погодження землекористувача / заставотримача на зміну цільового призначення (підпис якого на погодженні посвідчується нотаріально).

У деяких випадках змінити цільове призначення самостійно (без ухвалення рішення органу влади) зможе навіть користувач (орендар) земельних ділянок державної та комунальної власності. Зокрема, йдеться про землі в межах категорій житлової та громадської забудови, промисловості, транспорту, зв'язку, енергетики, оборони й іншого призначення, а також про земельні ділянки, на яких розташовані будівлі, споруди, що є в приватній власності землекористувача.

Водночас зміна землекористувачем цільового призначення земельної ділянки державної, комунальної власності, наданої йому в користування без проведення земельних торгів для провадження певної діяльності, не має призводити до провадження ним на такій земельній ділянці іншої діяльності (крім випадків розташування на земельній ділянці будівель, споруд, що перебувають у власності землекористувача).

Новий закон не містить положень, які б визначали додаткові обмеження стосовно внесення до Державного земельного кадастру відомостей про земельні ділянки, які вже було сформовано. Проте, зважаючи на тенденцію до уніфікації відомостей кадастру й обмеження зміни цільового призначення земельних ділянок вимогами функціональних зон, є дуже вірогідний ризик виникнення ускладнень під час внесення відомостей про земельні ділянки, які не було раніше внесено до кадастру. Стосовно так званого «перехідного періоду» зміна цільового призначення земельних ділянок продовжуватиме здійснюватися за проектами землеустрою щодо їх відведення (згідно з п. 23 Перехідних положень Земельного кодексу України) за рішенням органу державної влади або місцевого самоврядування [9].

На жаль, зараз не визначено долю та розміри оплати землі під час самостійної зміни цільового призначення. Ста-

ном на кінець 2020 – початок 2021 року коефіцієнт функціонального призначення в розрахунку нормативної грошової оцінки землі прив'язаний до кодів цільового призначення за Класифікацією видів цільового призначення земель-2010. До того ж органи місцевого самоврядування затверджують і застосовують різні ставки орендної плати залежно від виду використання землі. Новий Закон не передбачає змін до законодавства із цих питань. У зв'язку із цим необхідно законодавцю врегулювати ці питання.

Норми Закону дозволяють самостійну зміну цільового призначення та сільськогосподарських земель на землі інші категорії (на землі промисловості, житлової, комерційної забудови тощо). Відповідно, були внесені зміни під час визначення категорії земель житлової та громадської забудови, зокрема виключається застереження про необхідність розташування таких земель виключно в межах населених пунктів. Можлива така ситуація, що під час формування нових земельних ділянок житлової та громадської забудови за межами населених пунктів вони будуть збільшуватись шляхом сільськогосподарських угідь. Окрім цього, з 01 липня 2021 року згідно із Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення» скасовується заборона на зміну цільового призначення підмоторних сільськогосподарських земельних ділянок [12]. Ці всі законодавчі зміни будуть спрощувати зміну цільового призначення та забудову сільськогосподарських земель. А документація з планування використання земель, що обмежуватиме відведені для забудови території відповідними функціональними зонами, буде перепону для неконтрольованого зменшення сільськогосподарських угідь.

Крім того, законодавець запроваджує принцип пріоритету відомостей, отриманих із кадастру для визначення дії обмежень у використанні земель. Зокрема, згідно з абз. 3 ч. 4 ст. 111 Земельного кодексу України, обмеження у використанні земель, встановлені містобудівною документацією на місцевому рівні, чинні з моменту внесення відомостей про них до Державного земельного кадастру. Це правило діє тільки на ті обмеження, що будуть встановлені після набрання чинності нового Закону. Пріоритетність отримання відомостей, які містяться в кадастрі під час встановлення дії обмежень, повинна спрощувати визначення правового режиму ділянки й вибір земельної ділянки забудовниками. Ідея додавання до кадастру інформації про обмеження містобудівної документації буде виявляти поточні порушення та допоможе уникнути майбутніх порушень, а саме під час використання територій природоохоронного й історико-культурного призначення, обмежень використання приаеродромної території, встановлених відповідно до Повітряного кодексу України, прибережних захисних смуг і водоохоронних зон.

Проте Закон не розв'язує проблему щодо встановлення нових обмежень до земельних ділянок приватної власності без згоди їхніх власників. Йдеться про розміщення неподалік від земельної ділянки режимоутворювальних об'єктів як державної чи комунальної, так і приватної власності (лінії зв'язку, дороги, промислові об'єкти тощо), щодо яких законодавчо встановлені охоронні чи санітарно-захисні зони. Водночас можливість безперешкодного внесення обмежень до Державного земельного кадастру за умови появи таких об'єктів буде значно погіршувати можливості для захисту прав власників і користувачів земельних ділянок, які перебуватимуть під цими обмеженнями.

Отже, прийняття Закону – це досить прогресивний і неочікуваний крок щодо розвитку територіальної громади, яка буде мати можливість планувати використання земель у межах своєї території через комплексні плани просторового розвитку. Ці зміни також вплинули на інститут встановлення та зміни цільового призначення, ступені

самостійності цієї зміни власником, узгодженість документації із землеустрою та містобудівною документацією. Закон можна назвати революційним із боку відриву від застарілих радянських категорій принципів поділу земель.

Проте можливість реального впровадження норм у життя українців вимагає узгодження з іншими нормативними актами, а також із прийняттям нових підзаконних нормативно-правових актів, що зазначено в самому законі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо планування використання земель : Закон України від 17 червня 2020 року № 711-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/711-20#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
2. Кондратенко Ю.В. Правове регулювання використання земель для містобудівних потреб в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.06. Київ, 2013. 219 с.
3. Ігнатенко І.В. Правове забезпечення зонування земель у межах населених пунктів : монографія. Харків : Вид-во «Фінарт», 2014. 274 с.
4. Про регулювання містобудівної діяльності : Закон України від 17 лютого 2011 року (в редакції від 01 грудня 2020 року) № 3038-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3038-17#Text> (дата звернення: 06.04.2021).
5. Ущаповська О.І. Правові форми планування земель в умовах об'єднання територіальних громад. *Підприємництво, господарство і право*. Вип. 3. 2018. С. 68–73. URL: <http://pgr-journal.kiev.ua/archive/2018/3/14.pdf> (дата звернення: 05.04.2021).
6. Про землеустрій : Закон України від 22 травня 2003 року (в редакції від 26 лютого 2021 року) № 858-IV / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/858-15#Text> (дата звернення: 06.03.2021).
7. Ріпенко А.І. Концептуально-правові засади використання земель для містобудівних потреб : дис. ... д-ра. юрид. наук : 12.00.06. Одеса, 2020. 462 с.
8. Ковтун О.М. Новели правового регулювання використання земель як індикатор інноваційного аграрного розвитку територіальної громади. *Актуальні правові проблеми інноваційного розвитку агросфери* : матер. наук.-практ. конф., м. Харків, 20 листопада 2020 р. Харків, 2020. С. 173–178. URL: https://ndipzir.org.ua/wp-content/uploads/2020/20.11.20/ActualLawIssues20_40.pdf (дата звернення: 06.04.2021).
9. Проєкт Закону про внесення змін до Земельного кодексу України та інших законодавчих актів щодо удосконалення системи управління та дерегуляції у сфері земельних відносин № 2194 від 01 жовтня 2019 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: <http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc34?id=&pf3511=66970&pf35401=502587> (дата звернення: 06.04.2021).
10. Земельний кодекс України : Закон України від 25 жовтня 2001 року (в редакції від 13 лютого 2021 року) № 2768-III / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text> (дата звернення: 06.04.2021).
11. Про Державний земельний кадастр : Закон України від 07 липня 2011 року (в редакції від 26 лютого 2021 року) № 3613-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3613-17#Text> (дата звернення: 06.04.2021).
12. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обігу земель сільськогосподарського призначення : Закон України від 31 березня 2020 року № 552-IX / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/552-20#Text> (дата звернення: 06.04.2021).

«ЗЕЛЕНИЙ» ТАРИФ: ПРАВОВА ПРИРОДА ТА НАСЛІДКИ ВПРОВАДЖЕННЯ**“GREEN” TARIFF: LEGAL NATURE AND CONSEQUENCES OF IMPLEMENTATION****Пізняк О.Є., студентка III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Савченко А.М., студентка III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Чеботарьов М.М., студент III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Незалежна Україна, коли впроваджує стандарти електрифікації та газифікації, послуговується міжнародною торгівлею електроенергії, чим визнається пряма залежність країни від світового ринку. Зокрема, така практика є досить корисною як для економічного становища нашої держави, так і для посилення її міжнародної позиції. Глобальні кліматичні зміни, екологічне забруднення, жорстка енергетична криза через поступовий розрив зв'язків із Російською Федерацією впливають на Фонд енергоефективності держави. Україна прагне поступової євроінтеграції, неодмінно впроваджує міжнародний досвід відновлювальних джерел енергії (ВДЕ).

Частка відновлювальних джерел енергії, за даними Державного підприємства «Енергоринок», у 2015 році становила 1,29%, [1, с. 161], а у 2020 році рівень відновлювальних джерел енергії – 11% [2, с. 14]. Чи можна назвати такий ріст значним? Ні. Експертне середовище стверджує, що відсоток відновлювальних джерел енергії в Україні може сягати всі 50% із щорічним приростом у 7%.

«Зелений» тариф і є механізмом, який покликаний стимулювати виробництво енергії з відновлювальних джерел, упроваджувати кращі міжнародні практики. Отже, розвитком відновлювальних джерел енергії не просто оцінюється зменшення вуглеводної енергетичної залежності, а створюється реальна конкурентна перевага для тих країн, які змогли ефективно ними скористатись.

Незважаючи на згадування в Законі про електроенергетику, схема застосування й обігу «зелених» сертифікатів не знайшла розвитку в підзаконних нормативно-правових актах і державними регуляторами не використовується [3, с. 13]. Ринок «зеленої» енергетики не можна назвати прозорим та економічно збалансованим щодо інших джерел енергії, що спричиняє широке занепокоєння в суспільстві.

Метою дослідження є огляд ефективності впровадження «зеленого» тарифу, його реальної доцільності на ринку електроенергії. Важлива актуалізація політики екологічної безпеки держави шляхом сприяння сприятливому економічному клімату на ринку електрифікації відновлювальними джерелами енергетики.

Методика наукового дослідження передбачає теоретичні (аналіз, синтез, узагальнення, дедукція, індукція та пояснення), а також функціональний та конкретно-соціологічний методи. Відповідні спостереження актуалізують юридичні й економічні межі впровадження «зеленого» тарифу.

Ключові слова: екологія, електроенергія, «зелений» тариф, енергетика.

Independent Ukraine by implementing standards of electrification and gasification uses international trade market of electricity, which recognizes the country's direct dependence on the world market. In particular, this practice is quite useful both for the economic situation of our state and for strengthening its international position. Global climate changes, environmental pollution and energy crisis due to the gradual severance of ties with the Russian Federation are affecting the State Energy Efficiency Fund. Ukraine with desiring to step-by-step European integration implements the international experience of renewable energy sources (RES).

RES, according to the State Enterprise “Energorynok”, in 2015 was only 1,29%, and in 2020 the level of RES is set at 11%. Can be such growth recognized as significant? No. The expert community claims that the percentage of RES in Ukraine can reach all 50% with an annual increase of 7%.

The Green Tariff is a mechanism designed to stimulate renewable energy production by implementing international best practices. Thus, the development of RES is not just a reduction in carbohydrate energy dependence, but creates a real competitive advantage for those countries that have been able to use them effectively.

Despite the mention in the Law on Electricity, the scheme of application and circulation of green certificates has not been developed in bylaws and is not used by state regulators. Similarly, the green energy market itself cannot be called transparent and economically balanced in relation to other energy sources, which is of great concern in society.

The aim of the research is to review the effectiveness of the introduction of green tariff, its real feasibility in the electricity market. It is important to update the state's environmental security policy by promoting a favorable economic climate in the electrification market with renewable energy sources.

The methodology of scientific research involves theoretical (analysis, synthesis, generalization, deduction, induction and explanation), as well as functional and specific sociological methods. Relevant observations actualize the legal and economic limits of the implementation of the “green” tariff.

Key words: ecology, electricity, “green” tariff, energy.

Вартість електроенергії щорічно зростає. Це спричинено виснаженням та нестачею традиційних джерел енергії: нафти, газу, вугілля. Дана проблема стосується всіх споживачів електроенергії: як фізичних осіб – домогосподарств, так і юридичних осіб – підприємств, що використовують у своєму виробництві великі обсяги електроенергії. Розвиток електроенергетики на основі відновлюваних джерел енергії (далі – ВДЕ) (сонячної енергії, енергії вітру і термальних джерел) є альтернативою традиційним тепло-, гідро- і атомних електростанцій.

Україна, як і більшість розвинених держав, поставила перед собою амбітну мету – до 2050 р. добитися 100%

використання «зеленої» енергетики – як заради економії, так і в ім'я порятунку екології [4]. Щоб стимулювати інвестиції, був запроваджений «зелений» тариф, який сприятиме позитивному інвестиційному клімату щодо недешевого обладнання. Програма була прописана так, що займатися «зеленою» енергетикою вирішили як прості громадяни, так і бізнес-групи.

ВДЕ посідає важливе місце в системі екологічної розбудови держави. Так, альтернативні джерела характеризуються екологічною чистотою, невичерпністю та відновлюваністю, що сприяє позитивній динаміці відновлення екологічного стану і не призводить до зміни енергетич-

ного балансу на планеті. І. Гайдаєнко зазначає, що в разі використання відновлюваних джерел енергії відпадає необхідність у видобуванні, переробці, збагаченні та транспортуванні палива, знімається проблема утилізації або захоронення шкідливих відходів традиційних енергетичних виробництв [3, с. 147].

Дослідники І. Сагайдак і Т. Мосюк вказують на те, що внесок ВДЕ до загального виробництва електроенергії у світі становить майже 23%, водночас на гідроенергію припадає 16,6%, вітроенергію – 3,1%, біомасу – 1,8%. Серед найбільших виробників такої енергії, сумарні потужності яких становлять 71,5%, виступають: Китай, США, Німеччина, Італія, Іспанія, Японія й Індія [1, с. 160].

Визначальне місце впровадження ВДЕ посідає міжнародна практика та співробітництво. Так, Генеральною Асамблеєю ООН 25 вересня 2015 р. були оновлені цілі сталого розвитку, якими інтегрувалися принципи «зеленої» енергетики в міжнародну парадигму сталого розвитку. А. Крисак підкреслює, що раціоналізація використання енергоресурсного потенціалу значною мірою кореспондується із ціллю сталого розвитку, яка передбачає забезпечення доступу до недорогих, надійних, стійких і сучасних джерел енергії для всіх [5, с. 4].

У межах міжнародного співробітництва була укладена Паризька угода 2015 р., якою окреслені нові міжнародні зобов'язання держав у посиленні кліматичної політики щодо регулювання заходів зі зменшення викидів діоксиду вуглецю із 2020 р. Міжнародним агентством з відновлюваної енергетики (IRENA) розроблено Дорожню карту для досягнення подвоєння частки відновлюваних джерел енергії у світовому споживанні енергії на період 2010–2030 рр.: з 18% у загальному кінцевому енергоспоживанні (2010 р.) до 36% (2030 р.) [6].

Важливими є положення, висунуті Європейським Союзом, який досяг 35% виробництва чистої енергії [7]. Європейською Зеленою угодою (The European Green Deal) передбачається формування кліматично нейтрального блоку завдяки скороченню викидів парникових газів до 2030 р. мінімум на 50% та до 55% порівняно з рівнями 1990 р. [8]. 24 січня 2020 р. постановою Кабінету Міністрів України № 33 було створено Міжвідомчу робочу групу з питань координації подолання наслідків зміни клімату в рамках ініціативи Європейської комісії «Європейський зелений курс», затверджено положення, що врегульовує діяльність даної групи. Згідно з п. 4 постанови, завданнями групи є сприяння підготовці національного інтегрованого плану з енергетики та зміни клімату на 2021–2030 рр., залучення «зелених» інвестицій та розроблення інвестиційних планів, спрямованих на їх реалізацію, розвиток сфери використання відновлюваних джерел енергії й альтернативних видів палива [9].

Національним законодавством «зелений» тариф регулюється законами України «Про ринок електричної енергії», «Про альтернативні джерела енергії», «Про комбіноване виробництво теплової та електричної енергії (когенерацію) та використання скидного енергопотенціалу», постановою від 26 квітня 2019 р. № 641 «Про затвердження нормативно-правових актів, що регулюють діяльність гарантованого покупця та купівлі електричної енергії за «зеленим» тарифом та за аукціонною ціною» та іншими. Важливою також є Концепція «зеленого» енергетичного переходу України до 2050 р.

Голова Української асоціації відновлюваної енергетики Олексій Оржель зауважив, що під час розроблення Концепції застосовували найбільш прогресивні підходи щодо створення стратегічних документів в енергетиці в передових міжнародних організаціях, зокрема в Міжнародному енергетичному агентстві (далі – МЕА). Ці підходи передбачають застосування багатофакторного економіко-математичного моделювання, що є ціллю Національно визначеного внеску (далі – НВВ) України. Окрема

увага приділялась питанню соціальної прийнятності заходів відповідно до кожного сценарію, щоби передбачена трансформація енергетичного сектора України була позитивно сприйнята громадянами та гармонійно застосовувалася в реаліях України [10].

Законом України «Про альтернативні джерела енергії» передбачено, що «зелений» тариф – це спеціальний тариф, за яким закуповується електрична енергія, вироблена на об'єктах електроенергетики, зокрема на введених в експлуатацію чергах будівництва електричних станцій / пускових комплексах, з альтернативних джерел енергії (а з використанням гідроенергії – лише мікро-, міні- та малими гідроелектростанціями) [11]. Передбачено, що держава зобов'язується викуповувати весь обсяг зайвої електроенергії (усі 100%), згенерованої завдяки ВДЕ (сонце, вітер, біопаливо, вода) і відданої в загальну мережу за дещо завищеною ціною.

Дослідник І. Сагайдак зазначає, що «зелена» енергетика через запровадження таких кроків є привабливою для інвестування. Дослідник вказує, що за підсумками 2018 р. агентства Bloomberg New Energy Finance, за рівнем вкладених протягом року інвестицій Україна посіла 10-те місце (\$2,1 млрд), і за рівнем привабливості інвестицій – 8-ме. Загальна сума інвестицій за останні п'ять років у розвиток «зеленої» енергетики України становить \$4,8 млрд.

Самі ж «зелені» тарифи значно перевищують тарифи на традиційні види генерації: ТЕС, АЕС та ГЕС. У зв'язку із цим виплати «зеленим» інвесторам зростають кожного року: у 2018 р. – 14 млрд грн; у 2019 р. – 28 млрд грн; у 2020 р. – 42 млрд грн, що становить приблизно 20% від обороту енергоринку, за 6–7% частці ВДЕ в загальному виробництві електроенергії у країні (тобто вироблять 6%, а зароблять 20%) [12, с. 115–116]. Отже, завдяки тому, що такий «зелений» тариф на електроенергію є вищим від ринкового, сонячні, вітрові й інші альтернативні установки окупаються набагато швидше, а інвестори можуть планувати свої доходи і розвивати бізнес.

Влучним є зауваження Д.Д. Задахайла щодо того, що виробники електроенергії за «зеленим» тарифом здійснюють продаж цієї електроенергії значно дорожче, ніж традиційні виробники атомної або теплової енергетики. Тому побудова сучасних енергетичних ринків має бути заснована на принципах відкритості та конкуренції. Об'єднання енергетичних ринків України із закордонними, купівля-продаж енергетичних товарів, забезпечення прозорого, недискримінаційного доступу третіх сторін до енергетичної інфраструктури – усе це сприяє активному розвитку конкуренції [13].

Встановлюється «зелений» тариф Національною комісією з регулювання енергетики та комунальних послуг (далі – НКРЕКП) для кожного суб'єкта господарювання, який виробляє електричну енергію з альтернативних джерел енергії, за кожним видом альтернативної енергії та для кожного об'єкта електроенергетики (або для кожної черги будівництва електростанції (пускового комплексу)). «Зелений» тариф прив'язаний до курсу євро. Державний регулятор вчасно його індексує відповідно до зростання курсу. Сам тариф встановлюється відповідно до постанови Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сфері енергетики та комунальних послуг, від 29 вересня 2017 р. № 1186 «Про встановлення «зелених» тарифів на електричну енергію для приватних домогосподарств» та постановою «Про встановлення «зелених» тарифів на електричну енергію, вироблену генеруючими установками приватних домогосподарств» № 527 від 31 березня 2021 р.:

– «зелений» тариф на електричну енергію, вироблену з енергії сонячного випромінювання генеруючими установками приватних домогосподарств, встановлена потужність яких не перевищує 30 кВт та які введені в експлуатацію з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р., – 539,20 коп/кВт·год (без ПДВ);

– «зелений» тариф на електричну енергію, вироблену з енергії вітру генеруючими установками приватних домогосподарств, встановлена потужність яких не перевищує 30 кВт та які введені в експлуатацію з 1 липня 2015 р. по 31 грудня 2019 р., – 385,66 коп/кВт·год (без ПДВ);

– «зелений» тариф на електричну енергію, вироблену з енергії вітру генеруючими установками приватних домогосподарств, встановлена потужність яких не перевищує 50 кВт та які введені в експлуатацію з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р., – 346,38 коп/кВт·год (без ПДВ);

– «зелений» тариф на електричну енергію, вироблену з енергії вітру та сонця на комбінованих вітро-сонячних генеруючих системах приватних домогосподарств, встановлена потужність яких не перевищує 50 кВт та які введені в експлуатацію з 1 січня 2020 р. по 31 грудня 2024 р., – 407,08 коп/кВт·год (без ПДВ).

Такі ціни – одні з найвищих за «зеленим» тарифом у Європі. Так, в Австрії за потужність 5–200 кВт у перспективі на 13 років – 0,12 євро/кВт, у Сербії тариф визначається залежно від того, де встановлено генератори, якщо на дахах, то до 50 кВт – 0,17 євро/кВт на 12 років, якщо від 50 кВт до 250 кВт – 0,15 євро/кВт. Натомість із землі тарифи такі: до 250 кВт – 0,14 євро/кВт, 250 кВт – 1 МВт – 0,11 євро/кВт [14].

Водночас компенсація «зеленого» тарифу в Україні діє до 2025 р., із часом ціна знижується. Однак знижується і вартість обладнання для отримання електроенергії – конкуренція на ринку зростає, а виробники підвищують продуктивність і якість продукції. Так, якщо десяток років тому сонячна панель на 24 вольти потужністю 330 ват коштувала на ринку кілька сотень доларів США, то зараз її можна придбати менше ніж за 100 доларів. Це робить вкладення в альтернативну електроенергію все більш і більш привабливим напрямом інвестиції коштів.

«Зелений» тариф – не єдиний механізм стимулювання відновлюваної енергетики. У світі застосовуються й інші моделі підтримки виробництва чистої енергії, як-от регулювання квотами із застосуванням системи «зелених» сертифікатів. Суть у тому, що кожна нова кіловат-година із ВДЕ отримує визначену кількість сертифікатів, які продаються та купуються на вільному ринку. Щоб створити попит на ці сертифікати, регулятор встановлює квоти на обов'язковий вміст «зеленої» енергії в усьому об'ємі продажу електроенергії постачальниками. Якщо виробляється більше «зеленої» енергії, ніж передбачено квотою, виробник може продати ці обсяги за сертифікатом іншому об'єкту, який ще не виконав зобов'язання за квотами. Вказані інструменти зазвичай використовуються в різних формах і навіть водночас, а також доповнюються іншими, наприклад інвестиційними грантами.

Нині у світі набувають поширення тарифні аукціони – нові ринкові інструменти, які дають можливість впроваджувати проекти екологічно чистої енергії, що дозволяє забезпечити конкуренцію і прозорий процес встановлення легітимних ринкових тарифів на електроенергію із ВДЕ зі зниженням ціни кіловат-години та дотриманням інтересів як інвестора, так і споживача [15].

Щодо переваг та недоліків використання відновлювальних джерел енергії, то варто зазначити таке. Існування та функціонування ВДЕ зумовлено вичерпністю традиційних джерел електроенергетики або небезпечністю самої розробки таких джерел. Особливістю ВДЕ є те, що вони постійно або тимчасово присутні у природному середовищі. Зі стрімким розвитком суспільства, якому потрібно все більше і більше різного роду енергії, такий

вид ресурсів вбачається найбільш оптимальним, хоча оцінюється значно вище. Окрім заощадження корисних копалин та запобігання можливим техногенним катастрофам, ВДЕ справляє позитивний вплив і на позиції держави на міжнародному рівні. Зокрема, у Національному плані дій з відновлювальної енергетики на період до 2020 р. визначено, що у 2014 р. Україна імпортувала приблизно 70% обсягу природного газу. Крім того, перехід на використання відновлювальних джерел енергії сприятиме поліпшенню екологічної ситуації у країні, адже результатом такої діяльності буде суттєве зменшення обсягу викидів вуглекислого газу. Він у досить великих обсягах утворюється під час вироблення енергії звичайними тепло-, гідро- й атомними електростанціями. Також вуглекислий газ у великих обсягах небезпечний тим, що сприяє утворенню парникового ефекту, що призводить до масштабної екологічної катастрофи – глобального потепління.

Як показує європейський досвід впровадження «зеленого» тарифу, даний вид добування енергії є ефективним та безпечним. Приблизно 20 років тому в Німеччині почали розробляти чіткі плани щодо розвитку ВДЕ на кожен рік. Нині всі розвинуті країни теж намагаються дотримуватися такої тенденції. В Україні приблизно 12 років тому великий попит мало використання атомної, теплової та гідроенергетики, адже вона була більш звичною. Оскільки матеріально-технічні установки були виготовлені ще за Радянського Союзу, вони потребували докорінного переоснащення й осучаснення відповідно до міжнародних екологічних стандартів. Україна мала два варіанти: або переобладнувати наявні потужності, або ж переходити на використання альтернативних джерел енергії. Як бачимо, вона обрала другий варіант, адже розвиток використання ВДЕ розпочався зі встановлення «зеленого» тарифу у 2009 р.

Проте впровадження «зеленого» тарифу має низку істотних недоліків. У 2019 р. склалася ситуація, коли тариф на сонячну енергію був значно вищий, ніж на інші види ВДЕ, що спровокувало масове будівництво нових сонячних електростанцій (далі – СЕС). Така тенденція вносила хаос в ефективність такого роду діяльності. У результаті таких дій $\frac{3}{4}$ грошей на купівлю «зеленої» енергетики отримують СЕС, а $\frac{1}{4}$ – решта станцій, що призводить до суттєвого дисбалансу. Проблемою використання СЕС та ВЕС також став принцип їхньої дії. У хмарні чи безвітряні дні рівень енергії СЕС та ВЕС фактично знижується до нуля, що унеможливило їх використання за необхідністю та змушує залучати традиційні джерела електроенергетики. Однак міжнародна спільнота активно досліджує технології ефективного накопичення електроенергії, що в перспективі нівелює цю проблему.

Отже, що стрімкіше збільшується кількість ВДЕ, то більше необхідно буде маневрених (шкідливих) тепло-, гідро-, атомних станцій, що будуть перекривати відповідну недостачу. Також спостерігається профіцит енергії. Як повідомляє «Укренерго», протягом 2019 р. встановлена потужність лише ВЕС та СЕС збільшилася у 2,7 рази. До кінця року передбачається збільшення потужності до 7,4 ГВт, а на початок квітня вона досягла 5,2 ГВт. Цей обсяг уже перевищує той, що енергосистема України може прийняти без серйозних відхилень у роботі. Адже протягом останніх років рівень споживання електроенергії падає, з карантинною ситуацією ускладнилася ще більше [16]. Однак розвивати альтернативну енергетику необхідно, оскільки питання екологічної безпеки натепер є нагальним, необхідне його вирішення.

ЛІТЕРАТУРА

- Сагайдак І., Мосюк Т. «Зелений» тариф як механізм стимулювання ресурсозбереження. *Економіка природокористування: стан та перспективи розвитку*. 2016. С. 160–166. URL: http://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/3511/1/309_IR.pdf (дата звернення: 19.04.2021).
- Елісеєва О., Хазан П. Статистичне оцінювання стану відновлюваної енергетики в Україні порівняно з передовими країнами світу. *Статистика України*. 2016. № 2. С. 14–18. URL: <http://194.44.12.92:8080/jspui/bitstream/123456789/1838/1/4.pdf> (дата звернення: 19.04.2021).

3. Стимулювання відновлюваної енергетики в Україні за допомогою «зеленого» тарифу. Консультативна програма IFC в Європі та Центральній Азії : посібник для інвесторів. 2012. С. 79. URL: <https://sae.gov.ua/documents/green-tariff.pdf> (дата звернення: 19.04.2021).
4. Концепція «зеленого» енергетичного переходу України до 2050 р. *Офіційний портал Міністерства захисту довкілля та природних ресурсів України* : вебсайт. URL: <https://mepr.gov.ua/news/34424.html> (дата звернення: 19.04.2021).
5. «Зелені» тарифи відновлювальних джерел енергії як чинник екологічної безпеки. *Агросвіт*. 2018. № 24. URL: http://www.agrosvit.info/pdf/24_2018/2.pdf (дата звернення: 21.04.2021).
6. Гелетуха Г., Железна Т., Прахівник А. Аналіз енергетичних стратегій країн ЄС та світу в них відновлюваних джерел енергії. *Аналітична записка БАУ*. № 13. 2015. URL: <http://www.uabio.org/activity/uabio-analytics> (дата звернення: 21.04.2021).
7. Agora Energiewende : офіційний вебсайт. URL: <https://www.agora-energiewende.de/en/> (дата звернення: 22.04.2021).
8. Simon Frederic. EU Commission unveils "European Green Deal" : The key points. *EURACTIV*. 2019. P. 12–11. URL: <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/eu-commission-unveils-european-green-deal-%20the-key-points/> (дата звернення: 22.04.2021).
9. Про утворення міжвідомчої робочої групи з питань координації подолання наслідків зміни клімату в рамках ініціативи Європейської комісії «Європейський зелений курс» : постанова Кабінету Міністрів України від 24 січня 2020 р. № 33/2020 / Кабінет Міністрів України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/33-2020-%D0%BF#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
10. Концепції «зеленого» енергетичного переходу України до 2050 р. : проєкт / Міністерство енергетики та захисту довкілля України. URL: <https://www.kmu.gov.ua/news/prezentovano-proekt-konceptsiyi-zelenogo-energetichnogo-perehodu-ukrayini-do-2050-roku> (дата звернення: 23.04.2021).
11. Про альтернативні джерела енергії : Закон України від 20 лютого 2003 р. № 555–IV. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/555-15#Text> (дата звернення: 23.04.2021).
12. Сагайдак І., Балагура О., Макаренко В. «Зелена» енергетика в контексті загроз економічній та національній безпеці. *Економіка та держава*. 2020. № 6. С. 113–177. URL: http://www.economy.in.ua/pdf/6_2020/20.pdf (дата звернення: 23.04.2021).
13. Задихайло Д., Ритова В., Хоменко А. «Зелена» енергетика в системі шляхів вирішення екологічних проблем суспільства (правовий аспект). *Юридичний науковий електронний журнал*. 2020. №7. С. 221–224. URL: http://www.lsej.org.ua/7_2020/58.pdf (дата звернення: 23.04.2021).
14. Зеленый тариф в мире: стоимость продажи электроэнергии по странам. *Генерація* : вебсайт. URL: <https://generacia.energy/ru/interesnoe/zt-mir-03012020/> (дата звернення: 25.04.2021).
15. Сагайдак І., Чорна Т., Авраменко Н. «Зелений» тариф як механізм стимулювання відновлювальної енергетики України. *Ефективна економіка*. 2018. № 10. URL: http://www.economy.nayka.com.ua/pdf/10_2018/66.pdf.
16. Зелена енергетика: плюси та мінуси. *Galinfo* : вебсайт. URL: https://galinfo.com.ua/news/zelena_energetyka_plyusy_ta_minusy_344614.html (дата звернення: 25.04.2021).
17. Задихайло Д. Екологічне господарювання в системі екологічних відносин: проблема правової інституалізації. *Проблеми законності*. 2016. № 135. С. 95–103. URL: [Pz_2016_135_12](https://www.kmu.gov.ua/news/prezentovano-proekt-konceptsiyi-zelenogo-energetichnogo-perehodu-ukrayini-do-2050-roku) (дата звернення: 25.04.2021).

РОЗДІЛ 7

АДМІНІСТРАТИВНЕ ПРАВО І ПРОЦЕС; ФІНАНСОВЕ ПРАВО; ІНФОРМАЦІЙНЕ ПРАВО

УДК 347.73

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/91>

ЗНАЧЕННЯ УМИСЛУ В ПОДАТКОВОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ

THE IMPORTANCE OF INTENTION IN A TAX OFFENSE

Андрющенко О.П., студентка І курсу магістратури
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Шульга Т.М., к.ю.н.,

доцент кафедри фінансового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено висвітленню однієї з найактуальніших теоретико- методологічних та одночасно практичних проблем податкового права щодо питання значення умислу та особливостей вини загалом у податковому праві. Автори приділили значну увагу визначенню та змісту вини в податковому законодавстві, ними проведено загальну характеристику цього поняття, детально проаналізовано головну ознаку складу податкового правопорушення – суб'єктивну сторону та охарактеризовано наукові роботи, окремі думки, судову практику, в яких досліджувалося питання вини, а саме умислу, в податковому праві. Було приділено особливу увагу значенню вини у визначенні санкцій за вчинення податкового правопорушення. Досліджено наслідки впровадження вини для податкових органів та їхній новий тягар доведення здійснення правопорушення. Основний акцент у науковій роботі зроблено на аналізі сучасного стану порушення прав під час доведення вини та обов'язкової наявності умислу в податковому правопорушенні. Розглянуто низку судових рішень останніх років з метою з'ясувати, як саме діє суд у вирішенні питання вини, хто саме доводить винуватість та невинуватість і чи доводить взагалі, як саме відбувається процес доведення, чи скасовується відповідальність платників у разі доведення помилок з боку податкових органів, детально досліджено податкове законодавство, яке встановило нові правила, котрі спрямовані на вдосконалення питання вини в податковому праві та врегулювання колізій у цій темі. Охарактеризовано окремі думки юристів України в цьому напрямі для розуміння думки фахівців-практиків та наслідків зміни теорії на практиці. Проаналізовано вплив офіційного запровадження в поняття «податкове правопорушення» терміна «вина», звернено увагу на нові обов'язки податкових органів і запропоновано шляхи найшвидшої адаптації терміна «вина», а саме умислу, в податковому праві.

Ключові слова: вина в податковому праві, умисел у податковому законодавстві, суб'єктивна сторона в податковому праві, податкове правопорушення, притягнення до відповідальності, порушення податкового законодавства, відповідальність платників податків.

The article is devoted to the coverage of one of the most pressing theoretical, methodological and at the same time practical problems of tax law on the importance of intent and features of guilt in general in tax law. The author paid considerable attention to the definition and content of guilt in tax law, conducted a general description of this concept, analyzed in detail the main feature of the tax offense - the subjective side and described scientific papers, some opinions, case law, which investigated the issue of guilt, namely intent, in tax law. Particular attention was paid to the importance of guilt in determining sanctions for committing a tax offense. The consequences of the introduction of guilt for the tax authorities and their new burden of proving the offense are investigated. The main emphasis in the scientific work is made on the analysis of the current state of violation of rights in proving guilt and the mandatory presence of intent in a tax offense. A number of court decisions of recent years are considered in order to find out exactly how the court acts in resolving the issue of guilt, who proves guilt and innocence and whether they prove at all how the process of proving takes place, whether the responsibility of taxpayers in proving mistakes by tax authorities is abolished. the tax legislation which has established new rules which are directed on improvement of a question of guilt in the tax law and settlement of conflicts in this subject is investigated. Some opinions of Ukrainian lawyers in this direction are described to understand the opinion of practitioners and the consequences of changing the theory in practice. The influence of the official introduction of the term "guilt" in the concept of "tax offense" is analyzed, attention is paid to the new responsibilities of the tax authorities and suggested ways to adapt the term "guilt" as soon as possible, namely "intent" in tax law.

Key words: guilt in tax law, intent in tax law, subjective side in tax law, tax offense, prosecution, violation of tax law, liability of taxpayers.

Постановка проблеми. Дефініція податкового правопорушення викладена в п. 109.1 ст. 109 Податкового кодексу (далі – ПК) України [1], а саме: податковим правопорушенням є протиправне, винне (у випадках, прямо передбачених цим Кодексом) діяння (дія чи бездіяльність) платника податку (в тому числі осіб, прирівняних до нього), контролюючих органів та/або їх посадових (службових) осіб, інших суб'єктів у випадках, прямо передбачених цим Кодексом. Актуальність дослідження полягає в тому, що Законом № 466-IX в 2020 році було внесено ряд змін до Податкового кодексу України в частині запровадження притягнення до відповідальності платника податків за податкові правопорушення лише за умови доведення його вини. Раніше термін «вина» не згадувався в законодавчих актах України, що викликало багато запитань у науковців, однак із прийняттям цього закону виникло питання про визначення умислу, притягнення до

відповідальності та дослідження цієї теми серед науковців. У цій роботі буде здійснено аналіз умислу в разі здійснення податкового правопорушення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед науковців, які займаються дослідженням проблемних питань, пов'язаних умисною формою вини, слід згадати таких, як: І.О. Козлов, А.О. Штанько, Л. Антошук, А. Поляничко, Д. Кулик та інших.

Формування цілей статті. Мета статті – дослідити проблеми визначення умислу в податковому правопорушенні.

Виклад основного матеріалу. Зі змісту вищевказаної статті Податкового кодексу України, де вказано поняття податкового правопорушення, випливає, що одним з основних елементів складу податкового правопорушення є суб'єктивна сторона, яка виявляється у формі вини, а точніше у формі умислу або необережності суб'єкта

такого правопорушення. Тобто можна узагальнити дане визначення через застосування методів аналізу та синтезу до значення «умислу» в кримінальному праві, чим зробити висновок, що податкове правопорушення визнається вчиненим з умислом, якщо особа, яка його вчинила, усвідомлювала протиправний характер своїх діянь, бажала або свідомо допускала настання шкідливих наслідків таких дій або бездіяльності.

Аналізуючи думки юристів-практиків, можна звернутися до думки молодшого партнера ЮК Legal House Дмитра Кулика [7], який вказує, що раніше ПК не містив поняття вини платника податків за порушення податкового законодавства, що було предметом дискусій, створювало особливості для побудови правової позиції платників податків для захисту своїх інтересів, а також не раз ставало предметом тлумачення на судовому рівні. Тобто раніше поняття «вини» викликало численні дискусії серед науковців, юристів-практиків тощо через відсутність цього поняття на законодавчому рівні, бо, проводячи аналогію з кримінальним правом, учені не розуміли відсутність суб'єктивної сторони в податкових правопорушеннях.

Як відомо, традиційно у вітчизняній науці винність визнають однією з головних ознак правопорушення, без наявності якої особа, котра вчинила протиправне діяння, що містить об'єктивні ознаки складу правопорушення, не повинна бути притягнута до юридичної відповідальності [6, с. 22]. Існує чотири основні компоненти правопорушення: об'єкт, суб'єкт, об'єктивна та суб'єктивна сторони правопорушення.

У цій роботі детально охарактеризуємо суб'єктивну сторону правопорушення, а саме наявність та необхідність наявності вини в податкових правопорушеннях.

Раніше у визначенні податкового правопорушення законодавець прямо не визначав про обов'язок визначення вини в діях платника податків. Проте в одному з рішень Верховного Суду вказано, що вина є основним елементом для відповідальності за податкові правопорушення. Згідно з ч. 5 ст. 13 Закону України «Про судоустрій і статус судів» висновки щодо застосування норм права, викладені в постановках Верховного Суду, є обов'язковими для всіх суб'єктів, які застосовують у своїй діяльності нормативний акт, що містить відповідну норму права [2]. Тобто попри відсутність вини в законодавчих актах, ВС України все одно вказував на необхідність наявності суб'єктивної сторони в будь-якому правопорушенні.

На думку адвоката Адвокатського об'єднання «ЛНМ» Антона Полянчика [8], вина, яка є елементом податкового правопорушення, існує як форма поведінки особи. Саме цією стороною розуміння вини в податковому праві кардинально відрізняється від поняття вини в кримінальному праві. У кримінальному просторі існує усталена концепція вини як психічного ставлення особи до протиправного діяння, яке вона вчинила, де основним є розуміння того, чи усвідомлювала особа характер свого діяння та чи передбачала або могла передбачити його наслідки. Однак існування вини у вчиненні податкового правопорушення характеризується швидше за все за зовнішніми ознаками самого діяння та не потребує з'ясування психічного ставлення особи до її діянь. Тобто вина як інститут податкового права становить елемент об'єктивної сторони складу податкового правопорушення і не відноситься до суб'єктивної сторони. Тому цей термін і не хотіли закріплювати в національному законодавстві, бо віднесення вини до суб'єктивної сторони правопорушення є суперечливою точкою зору, над якою постійно дискутують у науковому просторі.

Оскільки, на нашу думку, законодавець закріпив «вину» в Податковому кодексі України для захисту інтересів платників податків, тому що саме складова частина «вини» допомагає уникнути притягнення до відповідальності, пропонуємо розглянути декілька рішень, які закрі-

пили основні тези до розуміння вини в українському правовому просторі.

Наприклад, варто зауважити, що неможливість реєстрації податкових накладних через дії податкового органу не спричиняє негативних податкових наслідків для платника податків. У справі № 2340/3802/18 [3] платник податків багаторазів намагався в нормативно встановлені строки зареєструвати податкові накладні, проте податковий контролюючий орган безпідставно відмовляв у їх прийнятті. У результаті цього податкові накладні були зареєстровані після спливу основних строків, а до платника податків було вчинено штрафні санкції. Однак Верховний Суд у Постанові від 02.07.2019 р. у справі № 2340/3802/18 [3], підтримуючи компанію, яка мала намір виконати свій обов'язок вчасно, зауважив, що неодноразове намагання позивача здійснити реєстрацію податкових накладних у межах установлених граничних строків свідчить про відсутність протиправної бездіяльності платника податків та виключає склад податкового правопорушення в розумінні статті 109 Податкового кодексу України. Отже, тільки протиправні дії податкового органу спричинили несвоєчасну реєстрацію компанії податкових накладних, і, як наслідок, суд дійшов висновку, що в діях платника відсутня суб'єктивна сторона, а саме «вина», і тому нема підстав для притягнення до відповідальності у вигляді штрафних санкцій.

Друга теза, яку необхідно закріпити, полягає в тому, що протиправна бездіяльність податкового органу виключає вину платника податків. Наприклад, у справі № 1640/3125/18 [4] склалася така ситуація, де податковий орган змінив правила заповнення розрахунку коригування, але повідомлення про ці зміни не відправляв декілька днів, у результаті чого Платнику податків неодноразово відмовляли в реєстрації «нульових» розрахунків коригування на зміну номенклатури напередодні спливу терміну реєстрації податкових накладних. Ураховуючи зазначені обставини, Верховний Суд у Постанові від 20.08.2019 р. у справі № 1640/3125/18 [4] зазначив, що порушення позивачем податкового законодавства, а саме реєстрації розрахунку коригування до податкової накладної з порушенням граничних строків, сталося через порушення суб'єктом владних повноважень принципу «належного урядування». Замінивши порядок реєстрації розрахунків коригування і затримавши повідомлення про це позивача, саме контролюючий орган створив обставини, за яких позивач був позбавлений можливості вчасно зареєструвати відповідний розрахунок, хоча міг та хотів це зробити [6, с. 25]. Тому штрафні санкції, які були нараховані відповідачем за порушення термінів реєстрації, є безпідставними через вину самого податкового органу. І тому якщо контролюючий орган вийшов за межі своїх повноважень і порушив принцип «належного урядування», то в діях платника податків не може бути складу правопорушення через відсутність вини платника. Отже, можна узагальнити, що наявність відкритого кримінального провадження не доводить вину суб'єкта господарювання.

Ще одну тезу зазначено в Постанові Верховного Суду від 28.08.2019 р. у справі № 805/5040/15-а [5], де суд акцентує, що, крім доводів щодо процедурних моментів запровадження санкції, в матеріалах справи немає жодного доказу порушення положень ПК України. Суд звернув увагу, що склад порушення означає існування всіх елементів, у тому числі й ознак суб'єктивної сторони, в нашому випадку вини. Тому відсилання податкового органу на відкрите судове провадження, за яким ще не було винесено судовий вирок, що набрав законної сили, виключає вину та відповідальність платника.

За словами більшості юристів-науковців, негативність таких наслідків виражається в новому пункті 109.3 ПК України, де законодавець визначає, що «необхідною умовою притягнення особи до фінансової відповідальності

за вчинення податкового правопорушення є встановлені контролюючими органами вини людини» [7]. Згідно з п. 109.3 ст. 109 Кодексу необхідною умовою притягнення особи до фінансової відповідальності за вчинення податкового правопорушення є встановлення контролюючими органами вини особи лише у випадках, визначених пунктом 119.3 статті 119, пунктами 123.2–123.5 статті 123, пунктами 124.2, 124.3 статті 124, пунктами 125-1.2–125-1.4 статті 125-1 ПК. Цим положенням законодавець фактично наділяє контролюючий податковий орган новими, більш широкими повноваженнями й дозволяє самостійно встановлювати вини платників податків. Відтепер висновки акта перевірки про здійснення платником податків того чи іншого податкового правопорушення автоматично будуть свідчити про винуватість даної особи, і тоді вже платник податків повинен буде доводити інше.

Однак у частині доведення вини (умислу) норми Податкового кодексу України викладено дещо нелогічно. Відповідно до абз. 2 п. 109.1 ПК України дії потрібно вважати вчиненими умисно, якщо їх доведено контролюючим органом, наявні обставини, котрі вказують, що платник податків цілеспрямовано створив обставини, які мають на меті невиконання або неналежне виконання вимог, установлених законодавством, контроль за дотриманням якого покладено на контролюючі органи. Тобто умисел платника має бути доведено через доказування наявності в діях платника бажання удавано та цілеспрямовано створити умови, які мають на меті лише невиконання або неналежне виконання вимог Податкового кодексу України. Вважаємо цей підхід до встановлення умислу суб'єктивним, тому що умисел за цією нормою необхідно визначати за допомогою аналізу внутрішнього ставлення фізичних осіб до діянь, що які вони вчиняють.

Кваліфікуючою ознакою податкового правопорушення є вчинення особою дії або бездіяльності з умислом. Однак недоліком у національному законодавстві є відсутність визначення умислу, умисності діяння, а також поняття «вина» [9]. Проте науковці визначили, що умисел у податковому праві не є психічним ставленням порушника до своїх дій, а це певна поведінка платника податків, результат його цілеспрямованого волевиявлення. Тобто це певне діяння, яке спрямоване на створення умов для невиконання чи неналежне виконання вимог законодавства. Таке діяння

в податковому праві характеризується умовою, де платник не може мати іншої мети, крім як невиконання вимог податкового закону. Можливість дотримуватися особою правил та норм, за порушення яких Податковим кодексом передбачена відповідальність, однак невиконання нею достатніх заходів щодо їх дотримання через вчинення дій, які можуть бути кваліфіковані як нерозумні, недобросовісні та без належної обачності, за умови доведення цього контролюючим органом, є свідченням наявності вини особи, а саме умислу, у вчиненні податкового правопорушення.

Тобто, проаналізувавши податкове законодавство, можна зазначити, що умовами, які визначають вини особи, в розумінні ст. 112 ПК є:

- наявність можливості дотримання особою правил та норм, за порушення яких передбачена відповідальність, однак відсутність діяння щодо реалізації їх дотримання;

- наявність тягаря доведення податковим органом того, що, вчиняючи та допускаючи певні діяння, платник діяв недобросовісно та без обачності.

Висновки. Вина в податковому правопорушенні є основним індикатором наявності відповідальності за такі порушення. Відповідно до судової практики України, якщо протиправність дій платника буде наслідком дій інших осіб, то вина і відповідальність платника будуть відсутні, а застосування податковими органами санкцій у цих випадках є протиправним. Запровадження терміна «вина» в податкове законодавство викликало численні питання та проблеми серед науковців, платників податків, самих податкових органів, юристів тощо, однак, на нашу думку, законодавець став на вірний шлях, закріпивши цей термін, бо його відсутність спричинила ще більше запитань, і керуватися доводилося лише судовою практикою, яка час від час вирішувала деякі проблеми, але все одно існувала численна кількість колізій через відсутність цього терміна.

Задля вдосконалення та найшвидшого впровадження терміна «вина» необхідно все ж таки визначити поняття вини, а також умислу та необережності, адже через відсутність законодавчого закріплення існує велика кількість дискусій серед науковців та юристів-практиків.

Недосконалість наукових досліджень у цьому напрямі також полягає в недостатності наукових праць учених, оскільки інститут вини в податковому праві є досить новим, та розуміння деяких питань потребує часу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Податковий кодекс України. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text> (дата звернення: 21.04.2021).
2. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 р. № 1402-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19#Text> (дата звернення: 21.04.2021).
3. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі №2340/4648/18 від 06 серпня 2019 року. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83513387> (дата звернення: 21.04.2021).
4. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі №1640/3125/18 від 20 серпня 2019 року. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83703552> (дата звернення: 21.04.2021).
5. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду у справі №805/5040/15-а від 28 серпня 2019 року. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/83883671> (дата звернення: 21.04.2021).
6. Козлов І.О. Податкові правопорушення та боротьба з ними. Магістерська робота ; Національний університет кораблебудування імені адмірала Макарова. Миколаїв, 2020. 97 с.
7. Податкову зобов'язали доводити вини платника при правопорушенні – ПК змінили. URL: <http://www.npp.com.ua/news/4031.html> (дата звернення: 21.04.2021).
8. Умисел в податкових правопорушеннях – що таке і навіщо? URL: <https://pravo.ua/umysel-v-podatkovykh-pravoporushenniakh-shcho-take-i-navishcho/> (дата звернення: 21.04.2021).
9. Податкові правопорушення: які умови визначають вини. URL: https://biz.ligazakon.net/news/201197_podatkov-pravoporushennya-yak-umovi-viznachayut-vinu (дата звернення: 21.04.2021).
10. Умисел і вина в ПКУ – чи те саме? URL: <https://ips.ligazakon.net/document/reader/BZ012415> (дата звернення: 21.04.2021).

ПОНЯТТЯ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ПОГЛЯД НА ПИТАННЯ

THE CONCEPT OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY: A VIEW ON THE ISSUE

Афанасьєв Д.В., студент III курсу
факультету соціології та права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Кухарчук А.М., викладач кафедри господарського
та адміністративного права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Стаття присвячена дослідженню загальнотеоретичних засад адміністративної відповідальності та формулюванню авторського визначення поняття «адміністративна відповідальність». Розглянуто сучасні погляди на поняття юридичної та адміністративної відповідальності в науці, окреслено питання застосування адміністративної відповідальності та значущість інституту адміністративної відповідальності для суспільства, яка визначає його подальший розвиток.

Особлива увага приділяється розгляду питання щодо сутності сприйняття інституту адміністративної відповідальності в умовах сучасності. Аналізуються моменти трансформації адміністративної відповідальності на сучасному етапі та формуються певні погляди та пропозиції щодо вдосконалення чинного адміністративно-деліктного законодавства та практики його застосування.

Інститут адміністративної відповідальності є важливим інститутом адміністративного права та поширеним засобом охорони громадського порядку, якому притаманні всі ознаки юридичної відповідальності. Цей вид юридичної відповідальності є одним із найбільш дієвих правових інструментів у боротьбі з наймасовішими протиправними діяннями, якими є адміністративні правопорушення. Такі правопорушення входять до широкого кола відносин, які регулюються, зокрема, адміністративно-правовими нормами, що і є їх головною особливістю. Вищезазначені правові відносини виникають щодо державного або громадського порядку, державного управління, контролю і нагляду як у внутрішній діяльності державного механізму, так і в позавідомчій, у сфері економіки, праці, протидії легалізації коштів, отриманих злочинним шляхом, тощо.

Під дослідження також підпадає питання розмежування таких правових моментів, як інститут кримінальної та інститут адміністративної відповідальності. Крім того, зосереджується увага на історичних змінах, яких зазнала система органів, їх посадові та службові особи. Формуються власні ідеї та погляди щодо визначення поняття адміністративної відповідальності та чітка позиція стосовно необхідності вдосконалення законодавства.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, інститут адміністративної відповідальності, адміністративні стягнення, юридична відповідальність.

The article is devoted to the study of general theoretical principles of administrative responsibility and the formulation of the author's definition of "administrative responsibility". In particular, modern views on the concept of legal and administrative responsibility in science are considered, the application of administrative responsibility and the importance of the institution of administrative responsibility for society, which determines its further development, are outlined.

Particular attention is paid to the question of the essence of the perception of the institution of administrative responsibility in modern conditions. The moments of transformation of administrative responsibility at the present stage are analyzed and certain views and proposals on improvement of the current administrative-tort legislation and practice of its application are formed.

The institution of administrative responsibility is an important institution of administrative law and a common means of protecting public order, which has all the hallmarks of legal responsibility. This type of legal liability is one of the most effective legal instruments in the fight against the most widespread illegal acts, which are administrative offenses. Such offenses are part of a wide range of relations, which are governed, in particular, by administrative law, which is their main feature. The above-mentioned legal relations arise in relation to state or public order, public administration, control and supervision, both in the internal organizational activities of the state mechanism and extrajudicial, in the field of economics, labor, combating money laundering, etc.

The study also covers the issue of distinguishing between such legal issues as the institution of criminal liability and the institution of administrative liability. In addition, attention is focused on the historical changes that have taken place in the system of bodies, their officials and officials. They form their own ideas and views on the definition of administrative liability and a clear position on the need to improve legislation.

Key words: administrative responsibility, institute of administrative responsibility, administrative penalties, legal responsibility.

Слід зазначити, що в умовах сьогодення майже всі суспільні відносини підпадають під захист заходів адміністративної відповідальності. Захист суспільних відносин заходами адміністративної відповідальності зазвичай відбувається у сфері управлінського характеру, охорони громадського правопорядку та громадської безпеки, що безпосередньо пов'язано з боротьбою з різноманітними правопорушеннями у різних галузях суспільного життя.

Адміністративна відповідальність досліджується в багатьох наукових працях, навчальних посібниках, дисертаційних дослідженнях. Так, інститут адміністративної відповідальності досліджували В. Авер'янов, О. Бандурка, Ю. Битяк, І. Голосніченко, Д. Голосніченко, З. Кисіль, В. Колпаков, О. Кузьменко та ін. Проте скільки б уваги не приділялось цьому питанню, воно й досі залишається актуальним. Варто звернути увагу на визначення поняття самої адміністративної відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності, який зумовлений особливостями правовідносин, у яких вона виникає. Це питання

визначається в науці по-різному, тому єдиного підходу до його розуміння нині немає. Проте перш ніж виокремити поняття адміністративної відповідальності, безумовно, проаналізуємо правову природу юридичної відповідальності загалом.

У науці існує декілька підходів до розуміння поняття «юридична відповідальність». Одне з них зводиться до реалізації санкції норми права – заходів правового примусу. Так, Р. Енгарбарян та Ю. Краснов зазначають, що юридична відповідальність – це використання щодо дієздатних осіб, які порушили закон, заходів державного примусу у формі позбавлень особистого, організаційного або майнового характеру [1, с. 233]. На думку М. Матузова та О. Малька, юридична відповідальність – це один із видів соціальної відповідальності індивіда, ключовою особливістю якого є те, що вона пов'язана з порушенням юридичних норм, за якими стоїть апарат примусу держави [2, с. 443].

Обґрунтованим убацьється визначення юридичної відповідальності як передбачених законом виду та міри дер-

жавно-владного (примусового) зазнання особою втрати благ особистого, організаційного та майнового характеру за вчинене правопорушення [3, с. 464].

Деякі дослідники визначають поняття юридичної відповідальності через осуд суспільства до особи правопорушника. Наприклад, М. Фарукшін указує на те, що передумовою настання юридичної відповідальності є суспільний осуд правопорушника [4, с. 14].

Визначення юридичної відповідальності у широкому її розумінні надається Ю. Кривицьким, який стверджує, що юридична відповідальність – це нормативний, гарантований і забезпечений державним переконанням або примусом юридичний обов'язок щодо дотримання та виконання норм права, реалізований у правомірній поведінці суб'єктів права, що схвалюється або заохочується державою, а у разі його порушення – обов'язок правопорушника перетерпіти осуд, обмеження прав особистого, матеріального та організаційного характеру [5, с. 383–384].

У загальній теорії права виокремлюють такі ознаки юридичної відповідальності: забезпечується державним примусом; настає за вчинення правопорушення; пов'язана з громадським (суспільним) осудом; виражається в певних негативних наслідках для правопорушника особистого, майнового, організаційно-фізичного характеру; втілюється в процесуальній формі [6, с. 224].

Таким чином, у термін «юридична відповідальність» подеколи вкладається різний зміст, але найбільш часто маються на увазі обов'язок та покарання [7, с. 41]. У першому разі мова ведеться про активний аспект відповідальності, в якому вона виступає як усвідомлення особою свого місця в суспільстві, своєї ролі в суспільному прогресі, особистої участі в справах держави [8, с. 128]. У другому – про ретроспективний аспект (як відповідальність за діяння, що мало місце в минулому). В цьому разі вона полягає, з одного боку, у зазнанні особою несприятливих наслідків своєї поведінки, а з іншого – у завданні цій особі певних позбавлень та обмежень, адекватній негативній реакції суспільства на її вчинок [7, с. 41].

Проаналізуємо підходи в літературі щодо визначення поняття «адміністративна відповідальність».

Так, професор В. Колпаків стверджує, що адміністративна відповідальність – це примусове (з додержанням установленної процедури) застосування правомочним суб'єктом передбачених законодавством за вчинення адміністративного проступку заходів впливу, які здійснені правопорушником [9, с. 76].

Ю. Битяк, В. Зуй під адміністративною відповідальністю пропонують розуміти накладення на правопорушників загальнообов'язкових правил, які діють у державному управлінні, адміністративних стягнень, що спричиняють для цих осіб обтяжливі наслідки матеріального чи морального характеру [10, с. 170].

У науці також висловлена думка, що адміністративна відповідальність – це реалізація адміністративно-правових санкцій, застосування адміністративних стягнень. Суть адміністративної відповідальності полягає у впливі, що чинять уповноважені органи або посадові особи на громадянина, який учинив адміністративне правопорушення, і тягне за собою негативні для правопорушника наслідки морального (попередження), матеріального (штраф) або особистого характеру (адміністративний арешт) [11, с. 41].

Особливістю поглядів науковців сучасності щодо поняття та сутності адміністративної відповідальності є те, що вони виходять далеко за межі розуміння та поглядів теоретиків ХХ сторіччя, оскільки дотепер сутність адміністративної відповідальності поєднувалась із негативною реакцією держави на протиправні вияви, де до осіб, які були визнані винними, застосовувались адміністративні санкції (з обов'язковим вживанням правопорушників за неправомірні дії перед відповідними державними орга-

нами або службовими особами, а в деяких випадках звітування відбувалось і перед громадянами) [12, с. 156].

Протягом 1991–2001 рр. адміністративні стягнення застосували до осіб, які вчиняли діяння, які підпадали під ознаки злочину, а вже після прийняття у 2001 р. нового Кримінального кодексу України виникли зміни, які вплинули на розмежування адміністративної та кримінальної відповідальності, що посприяло правильній кваліфікації дії та притягнення особи до відповідальності.

Змін зазнала і система органів, їх посадових та службових осіб, які мають певні права та обов'язки, а також наділені певними повноваженнями щодо розгляду правопорушень адміністративного характеру та застосування адміністративних стягнень до осіб, винних у вчиненні правопорушення. Враховуючи постійні зміни у правовій системі держави, деякі вповноважені органи, їх посадові та службові особи були позбавлені цих повноважень. Прикладом цього є вчинення масових правопорушень та воєнних злочинів на території України під час подій Майдану 2013–2014 рр. та окупації частини території, що має супроводжуватись цілеспрямованим установленням винних осіб, невідворотним притягненням до відповідальності. Крім того, йдеться також про притягнення до відповідальності посадових осіб за здання інтересів нації, що призвело до окупації АР Крим, частини Луганської, Донецької областей, а також відшкодування завданої шкоди державі внаслідок вчинення масштабних корупційних дій.

Злочини проти громадян та держави набули масового характеру, тоді як притягнення до відповідальності винних осіб є поодинокими. Однак слід указати на створення додаткових нормативно-правових можливостей притягнення до відповідальності основних суб'єктів [13]. Проте ці зміни не тривали довго, тому сьогодні система органів, їх посадових та службових осіб, уповноважених розглядати адміністративні правопорушення, зазнала значних розширень.

Деякі вчені визначають адміністративну відповідальність як відносини, які виникають між органами виконавчої влади та фізичними чи юридичними особами щодо вчинення останніми протиправних діянь та які полягають у застосуванні передбачених в адміністративному порядку законом стягнень [14, с. 167].

У науці існує думка стосовно того, щоб уважати адміністративну відповідальність окремою галуззю права – адміністративним деліктним правом [9, с. 7]. Уважаємо, що таке твердження базується на тому, що дуже велика кількість суспільних відносин захищаються заходами адміністративної відповідальності. Адміністративно-деліктні відносини не є винятком.

На основі практичних застосувань адміністративно-деліктного законодавства та робіт науковців можна дійти висновку, що доля адміністративно-деліктного права в правовій системі України є не досить визначеною. Тобто сьогодні є погляди стосовно ліквідації інституту адміністративно-деліктного права в процесі його формування, а є й погляди стосовно його подальшого розвитку в системі адміністративного права. І це не дуже приємно, оскільки така нерішучість погано впливає на ефективність не лише адміністративної юрисдикції, а й усієї правової системи в цілому. Вважаємо, що таке питання може стати предметом подальших досліджень.

Іншою думкою, яка існує в науці, є виокремлення інституту адміністративної відповідальності в окрему галузь права [14, с. 168]. Така ідея не є новою, але вона заслуговує на самостійне та незалежне існування.

Натепер цей інститут порівнюють також із кримінальним правом [14, с. 168]. При цьому слід зазначити, що адміністративні стягнення та підстави їх застосування до осіб, які вчинили адміністративні проступки, є менш суворими, але й адміністративні проступки є менш суспільно небезпечними, ніж злочини. Адміністративні проступки

можна вважати більш суспільно шкідливими, ніж суспільно небезпечними. Як правило, адміністративна відповідальність не тягне судимості, але ми не можемо виключати каральний характер адміністративних функцій.

З огляду на вищевказане, зауважимо, що вдосконалення системи адміністративних стягнень за адміністративні правопорушення є дуже важливим питанням. Деякі адміністративні стягнення, передбачені КпАП України, є досить м'якими і не відповідають масштабам небезпечних наслідків, які завдаються особами, які вчинили адміністративне правопорушення. Однією з трансформацій, яка є не менш важливою за попередні, є вдосконалення системи адміністративних стягнень, що відіграють безпосередню роль форми реалізації адміністративної відповідальності за рахунок розширення кількості адміністративних стягнень.

Висновки. На підставі вищевикладеного доходимо до висновку, що адміністративна відповідальність – це вид юридичної відповідальності, яка побудована на реагуванні держави та застосуванні вповноваженими органами, їх посадовими та службовими особами стягнень адміністративного характеру до фізичних та/або юридичних осіб, які вчинили адміністративні правопорушення. У процесі дослідження виокремлено проблему того, що адміністративні стягнення містяться в різних за юридичною силою нормативно-правових актах, що не відповідає правовій визначеності демократичної держави. Отож, незважаючи на те, що законодавство у сфері адміністративної відповідальності є кодифікованим, це ще раз підтверджує, що воно потребує вдосконалення, змін та систематизації.

ЛІТЕРАТУРА

1. Енгабарян Р.В., Краснов Ю.К. Теория государства и права : учеб. пособ. Москва, 1999. 360 с.
2. Матузов Н.И., Малько А.В. Теория государства и права : учеб. 4-е изд., испр. и доп. Москва, 2015. 528 с.
3. Скакун О.Ф. Теория держави і права: підруч. / Пер. з рос. Харків, 2001. 656 с.
4. Фарушкин М.Х. Свобода воли и юридическая ответственность. *Вестник Московского Государственного Университета*. 1965. № 1. С. 12–18.
5. Теорія держави та права: підруч. / За заг. ред. С.О. Гіди. Київ, 2011. 576 с.
6. Рабінович П.М. Основи загальної теорії права та держави. Київ, 1994. 459 с.
7. Т. Б. Грек Правова природа юридичної відповідальності: поняття, принципи та види. *Адвокат*. №10 (121), 2010. С. 41-45.
8. Юридична енциклопедія: в 6 т. / Редкол.: Ю.С. Шемшученко (відп. ред.) та ін. Київ : «Укр. енцикл.», 1998. Т. 1: А-Г. 672 с.
9. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (*адміністративно-деліктне право*) : навч. посіб. Київ. Юрінком Інтер, 2008. С. 256. URL: <https://yurincot.com/files/content/Kolpakov-Admin-Vidrov.pdf> (дата звернення: 02.02. 2021).
10. Адміністративне право України: Підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, О.В. Дьяченко та ін.; За ред. Ю.П. Битяка. Київ : Юрінком Інтер, 2007. С. 543-544. URL: <http://kizman-tehn.com.ua/wp-content/uploads/2018/02/%D0%90%D0%B4%D0%BC%D1%96%D0%BD%D1%96%D1%81%D1%82%D1%80%D0%B0%D1%82%D0%B8%D0%B2%D0%BD%D0%B5-%D0%91%D0%B8%D1%82%D1%8F%D0%BA.pdf> (дата звернення: 14.02.2021).
11. Адміністративне право: навчальний посібник / В.В. Середа, З.Р. Кісіль, Р.-В.В. Кісіль. Львів : ЛьвДУВС, 2014. С. 520. URL: https://www.businesslaw.org.ua/wp-content/Adm_gravo_iviv.pdf (дата звернення: 08.02.2021).
12. Гуржій Т.О. Перспективи розвитку адміністративно-деліктного законодавства України. *Адміністративне право і процес*. 2014. № 3. С. 156–158. URL: <file:///C:/Users/Admin/Downloads/400-Article%20Text-670-1-10-20190419.pdf> (дата звернення: 28.03.2021).
13. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо невідворотності покарання за окремі злочини проти основ національної безпеки, громадської безпеки та корупційні злочини : Закон України від 07.10.2014 р. № 1689-VII. URL: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/1689-18> (дата звернення: 20.03.2021).
14. Комарницька І. Інститут адміністративної відповідальності: проблеми та перспективи розвитку. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Серія: *Юридичні науки*, 2018. № 894. С. 165–170. URL: <http://science.lpnu.ua/sites/default/files/journal-paper/2019/aug/17876/28.pdf> (дата звернення: 12.03.2021).

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ВИЗНАЧЕННЯ МОМЕНТУ ВИКОНАННЯ ПОДАТКОВОГО ОБОВ'ЯЗКУ

PROBLEMATIC ISSUES OF DETERMINING THE MOMENT OF FULFILLMENT OF THE TAX OBLIGATION

Бабаєвська В.В., студентка I курсу магістратури
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Д'яченко К.С., студент I курсу магістратури
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Шульга Т.М., к.ю.н.,

доцентка кафедри фінансового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню проблематики виконання податкового обов'язку, що є однією з ключових категорій податкового права.

Наукова праця розкриває зміст податкового обов'язку в широкому і вузькому значеннях і концентрує увагу на такому елементі, як сплата податків і зборів. Аргументовано доведено, що виконання платником податків свого податкового обов'язку має регламентуватися виключно за допомогою приписів Податкового кодексу України, виключаючи інші нормативно-правові акти. Розглянуто відмінності та взаємозалежності між поняттями «сплата податку», «перерахування податку» та «зарахування податку». Здійснено ґрунтовний аналіз відмінностей правових позицій в аспекті моменту виконання податкового обов'язку через постанови Верховного Суду різних років із зазначенням переваг і недоліків. Для більш детального дослідження запропоновано як приклад законодавче регулювання та практику правозастосування з моменту виконання податкового обов'язку в зарубіжних країнах, у яких наочно демонструється схожість із деякими правовими позиціями Верховного Суду. Акцентовано увагу на важливості сталого підходу в розумінні податково-правових норм, необхідності чіткого розуміння прав та обов'язків платників податків та держави в особі вповноважених органів влади.

На підставі аналізу положень законодавства та практики Європейського суду з прав людини зроблено висновок про недостатність аргументації та підстав для відступу від попередньої правової позиції Верховним Судом. Проаналізовано праці відомих фахівців у галузі податкового права та судову практику з аналогічного питання. Виокремлено помилки в розумінні порядку реалізації податкового обов'язку платниками податків. Ґрунтовно досліджено проблемні питання податкового обов'язку саме у вузькому значенні, концентруючись на моменті його виконання в частині сплати. Зроблено висновок про необхідність правильного трактування податкового законодавства та окреслення предмета його регулювання для дотримання принципів правової визначеності та рівності в подальшій правозастосовній діяльності.

Ключові слова: податковий обов'язок, податок, сплата податків, момент виконання, платіжне доручення, платник податків, Податковий кодекс, Верховний Суд, правова позиція, судова практика.

The article is dedicated to exploring the key category and truly important problem of tax law. This is a fulfillment of tax liability.

The scientific work reveals the content of the tax liability in a wide and in a narrow sense and focuses only on one of the elements. It is the tax payment. Also, it has been strongly proved that the issue of fulfillment of the taxpayer's tax obligations must be determined only through the Tax Code of Ukraine, excluding other normative legal acts. Moreover, the differences and interdependencies has been detected between similar terms like "tax payment", "tax transfer", and "crediting funds". In addition, detailed analysis of differences between many dissimilar legal positions of Supreme Court has been made. This has been done in terms of the moment of the emergence of the tax duty with particular reference to their advantages and disadvantages. The authors use legislative regulation and the law enforcement practices of the emergence of the tax duty in foreign countries for more full and thorough investigation. Based on this, we can see the similarity, which is clearly demonstrated, with some legal positions of the Supreme Court. More attention has been focused on the importance of a sustainable approach to understanding tax rule and the need for a clear understanding of the rights and responsibilities of taxpayers and the state, represented by the authorities.

Consequently, having analyzed the existing legislation and practice of the European Court of Human Rights, we have concluded that the Supreme Court did not have enough arguments and grounds for deviating from the previous legal position. Besides, the authors have studied the works of well-known specialists in the field of the tax law and judicial practice on a similar issue. Furthermore, attention has been drawn to a big number of mistakes in understanding the procedure for implementing the fulfillment of tax liability. Problematic issues of tax liability have been thoroughly studied in the narrow sense, focusing on the moment of its fulfillment, considering only the payment. As a result, it has been concluded that it is necessary to interpret correctly the tax legislation and subject matter to respect the principles of legal certainty and equality in future law enforcement activities.

Key words: tax liability, tax, tax payment, moment of the emergence, payment document, taxable person, Tax Code of Ukraine, the Supreme Court, legal position, judicial practice.

Постановка проблеми. Податковий обов'язок є одним із небагатьох обов'язків, що закріплені на конституційному рівні для створення державою належних умов для сталого розвитку громадянського суспільства. Велика соціальна значущість, першочерговість і безумовність сплати податків вимагає єдиного підходу до розуміння такого поняття і чіткого та регламентованого порядку його реалізації. Динаміка змін законодавства, зокрема і підходів до його розуміння, не оминули й питання податкового обов'язку та моменту виконання, що є доказом актуальності дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичною основою дослідження стали праці таких українських

та іноземних учених, як М.П. Кучерявенко, Є.М. Смичка, Н.Ю. Пришва, Ю.Ф. Кваша, А.О. Храброва та ін.

Виклад основного матеріалу. Питання податкового обов'язку є однією з центральних категорій податкового права, що пронизує весь спектр податкових правовідносин. Часто податковий обов'язок пов'язують саме зі сплатою податків, оминаючи інші його складники. На нашу думку, варто виходити саме з легального визначення такого поняття відповідно до Податкового кодексу України (далі – ПКУ). Ст. 36 ПКУ визначає його як обов'язок платника податку обчислити, задекларувати та/або сплатити суму податку та збору в порядку і строки, визначені цим Кодексом, зако-

нами з питань митної справи [1]. М.П. Кучерявенко у своїх працях наголошує на тому, що податковий обов'язок може розглядатися як у вузькому значенні (лише у вигляді сплати податків), так і в широкому (як трискладовий обов'язок щодо ведення податкового обліку, сплати податків і зборів та подання звітності) [2, с. 386].

Для більш ґрунтовного дослідження проблемних питань, що виникають у практичній діяльності, розглянемо проблему податкового обов'язку саме у вузькому значенні та сконцентруємо увагу на його виконанні в частині сплати. У зверненні до судової практики вбачається відсутність сталого підходу до цього питання. Наочним прикладом є постановою Верховного Суду від 01 липня 2020 року в справі № 804/4602/16, що розглядалася Великою Палатою і була винесена з певним ігноруванням податково-правових норм та попередніх рішень і якою, зокрема, здійснено відхід від попередніх правових позицій Суду.

Із положень податкового законодавства випливає, що реалізація платником податків належних податкових зобов'язань характеризується двома вимогами: по-перше, кількісною вимогою про необхідність сплати суми податкових зобов'язань в повному обсязі, по-друге, часовою вимогою, тобто необхідністю сплати відповідних сум податкових зобов'язань у визначені податковим законодавством строки.

Варто зазначити, що регламентація питання виконання платником податків свого податкового обов'язку здійснюється виключно за допомогою приписів Податкового кодексу України. Ця теза логічно випливає з аналізу статті 1 ПКУ, що вказує на винятковість податкового законодавства в регулюванні відносин, що виникають у сфері справляння податків і зборів, зокрема у визначенні вичерпного переліку податків та зборів, що справляються в Україні, та порядку їх адміністрування, платників податків та зборів, їх прав та обов'язків тощо. Стаття 2 ПКУ встановлює вичерпний перелік податкового законодавства України, що складається з Конституції України; Податкового кодексу; Митного кодексу України та інших законів із питань митної справи у частині регулювання правовідносин, що виникають у зв'язку з оподаткуванням, операцій із переміщення товарів через митний кордон України; чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України і якими регулюються питання оподаткування; нормативно-правових актів, ухвалених на підставі та на виконання цього Кодексу та законів із питань митної справи; рішень Верховної Ради Автономної Республіки Крим, органів місцевого самоврядування з питань місцевих податків та зборів, прийнятих за правилами, встановленими цим Кодексом [1]. Отож, бачимо чітку регламентацію нормативно-правової бази, що здійснює, зокрема, регулювання питань виконання податкового обов'язку. Законодавець дає розуміння того, що інші нормативні акти жодним чином не можуть брати участі в регулюванні цього типу відносин.

Однак у контексті податкового обов'язку найбільш проблематичним є момент його виконання. У пункті 38.1 статті 38 ПКУ під виконанням податкового обов'язку розуміється сплата платником у повному обсязі відповідних сум податкових зобов'язань у встановлений податковим законодавством строк [1]. Аналізуючи ПКУ, натрапляємо на такі терміни, як «сплата податку», «перерахування податку» та «зарахування податку», які потрібно розмежовувати. Вони є взаємопов'язаними, але кожен із них є самостійним етапом у формуванні відповідної частини бюджету й відіграє вирішальну роль у визначенні моменту виконання платником його податкового обов'язку [3, с. 127]. Різняться ці терміни залежно від суб'єктного складу і типу відносин, що виникають. Так, виокремлюють трьох учасників, які задіяні у процесі реалізації податкового обов'язку. Особа, яка сплачує податок, є платником, перерахування коштів до бюджету здійснює

установа банку, а зарахування – Державна казначейська служба [3, с. 128].

Під час визначення поняття виконання податкового обов'язку в статті 38 ПКУ використовується саме термін «сплата», що свідчить про те, що перед платником існує обов'язок здійснення лише передання коштів до банку. Акцент робиться саме на обсязі й установленому законодавством порядку сплати, що підтверджується А.О. Храбровим [4, с. 48]. На це вказує і попередня практика Верховного Суду, зазначаючи, що саме з поданням платником податків платіжного доручення до банку, а не з датою фактичного зарахування суми до бюджету пов'язується своєчасність сплати узгодженого податкового зобов'язання. Ініціювання переказу є завершеним для платника з дати надходження розрахункового документа на виконання до банку платника. Банки мають забезпечувати фіксування дати прийняття розрахункового документа на виконання [5; 6]. Згідно з пунктом 8.1 статті 8 Закону України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні» банк зобов'язаний виконати доручення клієнта, що міститься в розрахунковому документі, який надійшов протягом операційного часу банку, в день його надходження [7].

Наведені законодавчі приписи та судова практика дають підстави для висновку про те, що обов'язок платника зі сплати податку/збору слід уважати виконаним із дати подання до обслуговувального банку платіжного доручення на перерахування до бюджету грошових коштів із рахунку платника в банку.

Проте Верховний Суд у постанові від 01 липня 2020 року в справі № 804/4602/16 трактує цю норму так, що належним виконанням податкового зобов'язання шляхом ініціювання платником переказу є надходження коштів від платника на відповідний казначейський рахунок [8]. Покликаючись на Закон України «Про платіжні системи та переказ коштів в Україні», Суд указує на те, що податкові правовідносини, пов'язані з виконанням податкового обов'язку, регулюються нормами неподаткового нормативно-правового акта, метою якого є регулювання питань руху коштів від відповідної банківської установи до бюджету.

Однак така теза навряд чи є правильною, оскільки моментом виконання податкового обов'язку, коли платник виходить зі складу учасників правовідносин, є виникнення розрахунку та передання чи списання коштів у рахунок податкового обов'язку. Передання банку коштів чи їх списання з рахунку платника в банку, після якої вплинути на рух таких коштів платник не може, опосередковує вичерпання податкових правовідносин. Подальші ж дії, пов'язані з рухом коштів від відповідної банківської установи до бюджету, регулюються неподатковим законодавством, що є доказом неможливості платника податків будь-яким чином вплинути на них.

На підтвердження вищевикладеної аргументації Н.Ю. Пришва звертає увагу на те, що відносини, які виникають щодо сплати платником податкових зобов'язань, регулюються нормами Податкового кодексу, а відносини щодо зарахування коштів до бюджету є бюджетними і регулюються нормами, закріпленими в Бюджетному кодексу України [3, с. 45].

Якщо звертатись до правового регулювання цього питання в інших країнах, то навіть не найбільш демократичні податкові режими Російської Федерації і Казахстану вирішують питання про момент виконання податкового зобов'язання на користь платника. Саме з моменту виконання платником податку обов'язку зі сплати податку на кредитні установи покладається публічно-правовий обов'язок забезпечити перерахування відповідних платежів до бюджету [9, с. 77]. Зарубіжна судова практика підтверджує положення законодавства і виходить із того, що обов'язок є виконаним у той момент, коли здійснено списання банком коштів із розрахункового рахунку, які призначені для сплати податку.

Стягнення коштів двічі (в разі ненадходжень до бюджету) не розглядається як можливе, оскільки порушує конституційні гарантії приватної власності.

Проаналізувавши вищенаведені положення, можна констатувати, що вони повністю відображають ту правову позицію, яка була викладена у попередній постанові Верховного Суду України № 8/140 від 06 квітня 2004 року, зміст якої відповідає принципам податкового права та створює для платника більш сприятливе становище (на відміну від позиції, викладеної в новій постанові Верховного Суду) [10].

На додаток до цього з пункту 70 Постанови від 01 липня 2020 року вбачається, що платник вільний у виборі відповідного контрагента (банку) для здійснення зберігання та переказів його коштів, тому невиконання своїх обов'язків банком-контрагентом належить до комерційних ризиків платника і не може бути перекладеним на державу [8]. Із таким висновком суду важко погодитись. Якщо звернутися до положень Закону України «Про банки і банківську діяльність», то однією з підстав здійснення правомірної банківської діяльності є наявність ліцензії, яка видається Національним банком України [11]. Тобто банк у цих відносинах є суб'єктом, що отримав публічно-владну (державну) легалізацію. Ідеться про таке: видаючи цей документ банку, держава офіційно погоджується з тим, що банківська установа спроможна здійснювати таку діяльність і відповідає всім вимогам законодавства. У разі звернення клієнта до банку, який має ліцензію, з вимогою про перерахування коштів із його рахунку до бюджету платник є впевненим у спроможності банку зробити це, тому не має виникати питання про виникнення комерційних ризиків. Крім того, Є.М. Смичок та М.П. Кучерявенко зазначають, що виконання податкового обов'язку не може пов'язуватися з жодними комерційними ризиками, оскільки комерційні відносини за своєю природою не збігаються з владними податковими відносинами [12].

На нашу думку, за умови слідування положенням пункту 70 постанови Суду взагалі нівелюється сенс надання банківської ліцензії, оскільки вона перестає гарантувати дотримання тих положень законодавства, які відіграють ключову роль у відносинах «клієнт-банк». Отже, не викликає сумніву той факт, що саме держава повинна брати на себе всі ризики щодо перерахування сум сплачених податків до бюджету після акценту банком платіжного доручення платника на таку сплату.

Вибір контрагента (банку) для здійснення зберігання та переказів коштів платника податків не може бути частиною податкового обов'язку, оскільки його реалізація здійснюється через безумовне виконання державно-владних

приписів платниками податків. ПКУ встановлює вичерпний перелік обов'язків, що не може піддаватися розширювальному чи обмежувальному тлумаченню. Виходячи з цього, можна дійти висновку про відсутність будь-яких додаткових податкових обов'язків платника, крім тих, що передбачені чинним податковим законодавством.

При цьому платник не несе відповідальності за дії банківських та кредитних установ, які беруть участь у багатостадійному процесі сплати та перерахування податків/зборів до бюджету [5]. Тобто за наявності в платника податків відповідних доказів, що підтверджують виконання всіх передбачених законодавством умов для визнання його добросовісним платником, обов'язок зі сплати відповідної суми податкового (грошового) зобов'язання слід визнати виконаним (незалежно від фактичного зарахування платежу до бюджетної системи України).

На підставі цього на такого платника не може бути покладена відповідальність за дії всіх організацій та установ, які беруть участь у процесі сплати і перерахування податків до бюджету. Це можливо лише за умови, що такий обов'язок буде покладений на платника Податковим кодексом, оскільки саме він містить їх вичерпний перелік.

У рішенні Європейського Суду з прав людини в справі «Charman v. the United Kingdom» від 18 січня 2001 року вказується, що в інтересах правової визначеності, передбачуваності та рівності перед законом суд не повинен відступати від попередніх рішень за відсутності належної для цього підстави [13]. Однак постановою від 01 липня 2020 року в справі № 804/4602/16 Верховний Суд змінив думку щодо моменту належного виконання податкового обов'язку. Змістовно це рішення не відповідає принципам податкового права та створює для платника невідгідне становище. Отже, чи вбачається вищенаведена аргументація Суду обґрунтованою і чи наведено достатні підстави для відступу від попередньої правової позиції?

Висновки. Підбиваючи підсумок дослідження податкового обов'язку як однієї з центральних категорій податкового права, доходимо висновку про неоднозначність розуміння порядку його реалізації. З аналізу законодавства і сучасної судової практики вбачається певна проблема в сприйнятті моменту виконання податкового обов'язку, що виражена в зміні правової позиції Верховного Суду на діаметрально протилежну попередній. Таким рішенням не враховано специфіку правового регулювання податкових правовідносин, тієї нормативної бази, що застосовується до виконання платником свого податкового обов'язку, зокрема визначення моменту такого виконання. Сподіваємося на більш виважений підхід Суду під час розгляду питань податкового права в майбутньому.

ЛІТЕРАТУРА

1. Податковий кодекс України : Закон України від: 02.12.2010 р. № 2755-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>. (дата звернення: 20.03.2020).
2. Кучерявенко Н.П. Курс налогового права В 6 т. Т.3. Учение о налоге. Харьков : Право, 2005. 599 с.
3. Пришва Н.Ю. Правові проблеми регулювання обов'язкових платежів : дис. д-ра. юр. наук : 12.00.07 / Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. Київ, 2004. 439 с.
4. Храбров А.О. Податковий обов'язок – системоутворююча категорія податкового права. *Актуальні проблеми фінансового права* : монографія / за ред. Кучерявенка М.П. Харків, 2010. 328 с.
5. Постанова Верховного Суду від 19 лютого 2019 року в справі №806/68/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/79957722> (дата звернення: 20.03.2020).
6. Постанова Верховного Суду від 04 грудня 2018 року в справі №826/3671/17. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/78325917> (дата звернення: 20.03.2020).
7. Про платіжні системи та переказ коштів в Україні : Закон України від 05.04.2001 р. № 2346-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2346-14#Text>. (дата звернення: 20.03.2020).
8. Постанова Верховного Суду від 01 липня 2020 року в справі № 804/4602/16. Єдиний державний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90228193> (дата звернення: 20.03.2020).
9. Налоговый кодекс Российской Федерации: комментарий к частям первой и второй / А.П. Зрелов и др.; под общей редакцией Ю.Ф. Кваши. Москва : Юрайт, 2009. 187 с.
10. Постанова Верховного Суду України від 06 квітня 2004 року №8/140. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v_140700-04#Text (дата звернення: 20.03.2020).
11. Про банки і банківську діяльність : Закон України від 07.12.2000 р. № 2121-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2121-14#Text> (дата звернення: 20.03.2020).
12. Чи може бути комерційною діяльністю щодо сплати податків? (частина 2). *LexInform Юридичні новини України* : веб-сайт. URL: <https://lexinform.com.ua/dumka-eksperta/chy-mozhe-buty-komertsijnou-diyalnist-shhodo-splaty-podatkov-2/> (дата звернення: 22.03.2020).
13. CASE OF CHARMAN v. THE UNITED KINGDOM, 18 January 2001. European Court of Human Rights HUDOC. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-196508> (дата звернення: 22.03.2020).

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ГАЛУЗІ ЛЕГКОЇ ПРОМИСЛОВОСТІ УКРАЇНИ: ПЕРСПЕКТИВИ ВДОСКОНАЛЕННЯ, ВИКОРИСТАННЯ ДОСВІДУ РЕСПУБЛІКИ БІЛОРУСЬ

ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF LIGHT INDUSTRY OF UKRAINE: PROSPECTS FOR IMPROVEMENT, USE OF THE EXPERIENCE OF THE REPUBLIC OF BELARUS

Ващук Н.Ф., к.ю.н.,

старший науковий співробітник відділу розроблення та вдосконалення форми одягу науково-дослідної лабораторії спеціального транспорту та форменого одягу

Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України

У статті висвітлено питання адміністративно-правового регулювання галузі легкої промисловості. Автором розглянуто поняття «адміністративно-правове регулювання в галузі легкої промисловості». Виокремлено основні стримувальні фактори розвитку легкої промисловості. Розглянуто досвід функціонування легкої промисловості в Республіці Білорусь і доводиться необхідність урахування подібного досвіду в царині вдосконалення адміністративно-правового регулювання зазначеної галузі.

Перехід України до побудови правової держави, яку засновано на принципах демократії та економічної свободи, сприяв змінам і став поштовхом у всіх без винятку сферах державного й громадського життя, вороття до радянської моделі минулого українське суспільство не допустить, хоча минулий досвід можна переосмислити, осучаснити та зробити щось революційно нове, також можна запозичити найкраще в законодавстві зарубіжних країн.

Висвітлений досвід Республіки Білорусь дає можливість сформулювати пропозиції, прийнятні для подальшого ґрунтовного їх вивчення з метою розгляду можливостей їх запозичення у вітчизняний процес адміністративно-правового регулювання, який відбувається як у промисловому комплексі нашої держави, так й окремо в галузі легкої промисловості. Тому з досвіду Білорусії можна використати аспекти щодо розробки, впровадження та виконання Програми розвитку легкої промисловості України на п'ятирічний період.

Дієвим інструментом структурної перебудови та підвищення ефективності й конкурентоспроможності національного виробництва в галузі легкої промисловості може стати законодавча підтримка.

Ключові слова: адміністративно-правове регулювання в галузі легкої промисловості, об'єкт адміністративно-правового регулювання легкої промисловості, перспективи вдосконалення адміністративно-правового регулювання легкої промисловості, досвід Республіки Білорусь.

In the statistics, the nutrition of the administrative and legal regulation of the light industry is visible. The author discerned the concept of "administrative-legal regulation in the hallucination of light industry". The main streaming factor is directed towards the development of easy industry. A clear view of the function of easy industry in the Republic of Bilorus and the need to improve the administrative and legal regulation of the hallway in question is brought to the attention of the Tsarina.

The transition of Ukraine to the prompting of the legal state, as it was based on the principles of democracy and economic freedom, having taken the change and becoming a shipment in the spheres of state power and community life, I want to let the happy model of the last Ukrainian life be impossible. it is revolutionary new, it can also be found more beautifully in the legislation of foreign countries.

The message of the Republic of Bilorus gives the opportunity to formulate the propositions that are accepted for the given government-sponsored education from the view of the possibilities of the prospect in the process of administrative and regulatory processes. To that, from the notice of Bilorusia, it is possible, by the way, to take into account the development of the development, to manage and maintain the program for the development of the easy industry of Ukraine for the five-year period.

With the help of an instrument of structural improvement and promotion, the efficiency and competitiveness of the national software in the field of easy industry can be attributed to legislation.

Key words: administrative and legal regulation of light industry, about the administrative and legal regulation of easy industry, prospects for more sophisticated administrative and legal regulation of light industry, awareness.

Постановка проблеми. В умовах радикального реформування нормативно-правової бази перед Українською державою постала низка завдань, передусім оновлення законів, які регулюють адміністративно-правові відносини, при вирішенні яких необхідно спиратися як на світовий, так і на вітчизняний досвід. Дослідження нормативно-правової бази діяльності в галузі легкої промисловості в часи існування Української держави є актуальним для подолання проблем становлення національної економіки, побудови тривкої фінансової та податкової системи за сьогодення. Їх ефективне застосування може стати необхідною основою при виробленні засад сучасної господарчої політики. Реформування загальних засад адміністративно-правового регулювання галузі легкої промисловості в Україні на сучасному етапі глобальних змін світової економіки актуальності набуває питання визначення легкої промисловості як окремого об'єкта адміністративно-правового регулювання. Наприклад, виділення характерних рис, окреслення принципів, мети, функцій, завдань, кола суб'єктів, форм і методів адміністративно-правового регулювання в галузі, водночас урахування загальнодержавну значущість, а також обґрунтування

основних пріоритетів подальшого розвитку відповідної підгалузі економіки, удосконалення правових (адміністративно-правових) засад її державного регулювання.

Повільне поліпшення законодавчого поля в галузі легкої промисловості не сприяє розвитку легкої промисловості. Зауважимо, що за умови інтеграції легкої промисловості як профільної галузі вітчизняної економіки в міжнародну економіку, то вчасне законодавче стимулювання водночас може визначити пріоритетні зміни в економіці України. У свою чергу, це позитивно вплине в майбутньому на ситуацію, яка сьогодні склалася як на внутрішньому ринку, так і на зовнішньому. Також може вивести українську економіку в розряд стрімких економік високорозвинених країн завдяки розвитку саме законодавчої бази, зокрема законодавчих актів, які спрямують перспективному розвитку легкої промисловості й нададуть швидкості реформування.

Проблеми адміністративно-правового регулювання зазначеної галузі залишаються на сьогодні так і не вирішеними. Хаотичний розвиток галузі легкої промисловості й повільні зміни викликають гостру необхідність подальшого дослідження в цьому напрямі та вивчення передового досвіду Республіки Білорусь з метою вдосконалення

адміністративно-правового регулювання легкої промисловості.

Стан галузі в Україні безпосередньо впливає на стан промисловості, через це набуває актуальності необхідність визначення перспектив розвитку легкої промисловості в сучасних умовах. Проте розраховувати на успіх можливо лише за умови законодавчого й нормативно-правового забезпечення та впровадження адміністративно-правового регулювання зазначеної галузі. Тому доречним є вивчення досвіду Республіки Білорусь у цій царині.

Аналіз досліджень. Наукова література має низку робіт, присвячених проблематиці адміністративно-правового регулювання, таких визначних науковців, як В.Б. Авер'янов, О.М. Бандурка, Ю.П. Битяк, Б.В. Сабєцький, Т.О. Коломоєць, Л.І. Миськів, В.П. Плавич, М.В. Горшенев та ін. Потрібно зазначити, що напрями вдосконалення адміністративно-правового регулювання в галузі легкої промисловості України залишилися поза їхньою увагою.

На думку М.В. Горшенева, сферою правового регулювання є ті суспільні відносини (економічні, політичні, культурні, національні, релігійні та інші), які потребують правового впливу. Ці відносини становлять предмет правового регулювання, є вольовими, об'єктивно потребують впливу з боку держави та мають чітко визначений зміст [1].

У роботі Б.В. Сабєцького, правове регулювання – це закріплення в правових нормах певного рівня суспільних відносин, забезпечення їх стабільності через постійний контроль, відновлення правовими засобами їх порушень, приведення їх у відповідність до чинних норм права [2]. В.П. Плавич констатує: «Правове регулювання – це здійснюване державою за допомогою права й сукупністю правових засобів упорядкування суспільних відносин, їх юридичне закріплення, охорона та розвиток» [3].

Метою статті є аналіз і розкриття перспектив розвитку й удосконалення адміністративно-правового регулювання у сфері легкої промисловості, також удосконалення розуміння поняття об'єкта адміністративно-правового регулювання у сфері легкої промисловості як системи конституційно-правових норм, що визначають теоретико-правові засади функціонування галузі, а також виокремлення поняття адміністративно-правового регулювання у сфері легкої промисловості, окреслення стримувальних факторів розвитку легкої промисловості та визначення основних напрямів удосконалення в досліджуваній царині.

Виклад основного матеріалу. Прагнення України стати повноправним і заможним членом Європейського співтовариства скерує її зусилля на гармонізацію та зміцнення законодавчого підґрунтя й послідовне перезавантаження діяльності органів державної влади з метою прискорення економічного, промислового розвитку та пришвидшення наближення до світових стандартів.

Зазначимо, що основною ланкою трансформаційних перетворень у розвинутих країнах є промисловість. Як сфера прояву й реалізації значної частки матеріальних та інтелектуальних потреб саме людини, вона є найвагомим економічним чинником сучасного суспільства. Так, зважаючи на засади адміністративного права, для дослідження об'єктом адміністративно-правового регулювання є суспільні відносини в галузі легкої промисловості.

Варто зауважити, що Конституційні положення, Адміністративний кодекс і Господарський кодекс України є тим науковим простором, частиною об'єктивної реальності, у межі якого проводилося дослідження об'єкта адміністративно-правового регулювання.

У більш вузькому розумінні адміністративно-правове регулювання в галузі легкої промисловості – це впорядковувальний цілеспрямований вплив держави на суспільні відносини в царині організації та функціонування легкої промисловості, межі й сутність якого зумовлені міжгалузевим характером і який полягає в організації ефективної діяльності легкої промисловості та контролю за її розвитком.

Сучасна система управління базується, з одного боку, на вдосконаленні й зміцненні зв'язків у процесі виконавчої та розпорядчої діяльності між органами виконавчої влади різних ланок, а з іншого – на децентралізації, розширенні самостійності підприємств та установ у вирішенні всіх питань. Центральні й місцеві органи влади не мають права здійснювати безпосереднє управління підвідомчими підприємствами, утручатися в їхню виробничу та господарську діяльність, оскільки їхнє основне призначення – регулювання й координація діяльності у відповідних галузях. Із цих позицій державні підприємства та установи, незважаючи на збереження своєї відомчої належності, зміцнили свої позиції як суб'єкти цивільно-правових відносин і ринку, їх уже не можна розглядати як організаційні ланки єдиної системи управління відповідною галуззю.

Певна річ, активна законодавча підтримка може стати дієвим інструментом структурної перебудови та підвищити ефективність і конкурентоспроможність національного виробництва в галузі легкої промисловості. Програми й законодавчі акти, що розробляються сьогодні в Україні, мають сприяти розвитку промислових комплексів країни, проте вони неповною мірою відповідають державній концепції розвитку промисловості.

Зауважимо, що останнім часом існує підвищений інтерес до України з боку світового співтовариства. Це зумовлено геополітичним і гео економічним положенням, тобто, з одного боку, історичні, економічні, культурні, національні традиції та зв'язки й розвиток інтеграційних і глобалізаційних процесів, з іншого боку, зумовлюють і відіграють вирішальну роль у визначенні місця нашої країни у світовому господарстві загалом і взаємозв'язках із граничними, регіональними економічно-промисловими угрупованнями зокрема.

Сьогодні завдання полягає в тому, щоб вдало визначити оптимальні вектори як зовнішньоекономічної та промислової стратегії, так й економічної та промислової інтеграції в європейський простір, не забуваючи про національні інтереси. Для сфери легкої промисловості територіально та історично ближчим і привабливішим є ринок Європейського Союзу, але політичні, економічні, технологічні й інші важелі стримують різного роду зв'язки з Україною на передінтеграційному рівні. Повільне поліпшення законодавчого поля в тому ж секторі легкої промисловості призводить до повільного розвитку легкої промисловості. Отже, якщо сфера легкої промисловості як профільна галузь вітчизняної економіки буде інтегрована в міжнародну економіку, то законодавче стимулювання водночас може визначити пріоритетні зміни в економіці України та позитивно вплинути в майбутньому на ситуацію, яка сьогодні склалася як на внутрішньому ринку, так і на зовнішньому, і вивести українську економіку в розряд «швидких» економік високорозвинених країн завдяки розвитку саме законодавчої бази, зокрема законодавчих актів, які спрямують розвиток сфери легкої промисловості й нададуть стримувальності реформування в цій царині. Це практично інноваційний шлях розвитку, який, цілком імовірно, вплине на зменшення традиційного виду сировини, на збільшення кількості підприємств, які працюватимуть зі «швидкісним циклом» за новітніми технологіями, що сприятиме скороченню управлінських операцій, часу на виробництво й обробку інформації та обсягу знань, проходження через економічний механізм.

Незважаючи на розвиток легкої промисловості й повільну динаміку змін, проблеми адміністративно-правового регулювання зазначеної галузі залишаються не вирішеними. Тому є необхідність подальшого дослідження в цьому напрямі з метою вдосконалення адміністративно-правового регулювання галузі легкої промисловості.

Головними стримувальними факторами розвитку сфери легкої промисловості є криза в економіці та війна на Сході країни; слабка законодавча база, нормативна галузева база; відсутність відокремленого профільного органу виконавчої влади; відсутність взаємодії на муніци-

пальному рівні; висока собівартість виробництва товарів легкої промисловості; низький притік молодих кадрів на підприємства легкої промисловості; залежність вітчизняного виробництва від імпортованої сировини; низька купівельна спроможність населення; заповнення внутрішнього ринку країни дешевою продукцією китайського й турецького виробництва, а також завезення «секонд-хенду» з Європи; значна тінізація галузі; недостатня інвестиційна та інноваційна діяльність тощо.

Розглянемо досвід функціонування легкої промисловості в Республіці Білорусь. На сучасному етапі білоруська легка промисловість проходить період модернізації: низька ключових підприємств вкладають кошти в заміну виробничого устаткування з перспективою випуску конкурентоспроможної продукції. Ведеться активний пошук інвесторів для переоснащення заводів, оновлення маркетингової політики, робота над іміджем продукції. Усі ці заходи запроваджуються в умовах жорсткої конкуренції білоруських товарів з імпортом Туреччини та Китаю [4].

Легка промисловість Білорусії сьогодні забезпечує населення країни високоякісними й досить модними товарами в широкому асортименті за доступними цінами. Вона об'єднує більше десяти галузей і десятки виробництв, які забезпечують населення споживчими товарами. До галузей легкої промисловості Білорусії належать бавовняна, лляна, вовняна, шовкова, трикотажна, швейна, килимова, шкіряно-взуттєва, первинна обробка льону, текстильна. «Четверта частина всього виробництва йде на експорт. У легкій промисловості функціонують близько 500 підприємств, які виробляють більше ніж 5 тисяч найменувань продукції» [5]. Варто зазначити, що реформування ринку призвело до збільшення та розукрупнення й появи нових малих і середніх підприємств легкої промисловості. «Легка промисловість Білорусії задовольняє потреби населення республіки на рівні раціональних норм споживання. На зовнішній ринок, за межі Білорусії, експортується більше ніж 35% продукції галузі» [6].

Водночас залишається достатньо проблем, вирішення яких потребує внесення змін у чинне національне законодавство республіки. Наприклад, шкіряно-взуттєва промисловість останніми роками містить гостру проблему забезпечення підприємств якісною сировиною. Низькі мита на вивезення шкіряної сировини з Білорусії спричинили високий рівень експорту якісної сировини, і це, у свою чергу, негативно впливає на якість продукції. Хоча легка промисловість Республіки Білорусь має високу експортоорієнтованість, керівництво країни ставить завдання зменшення залежності від імпортних поставок сировини й матеріалів за рахунок збільшення сировинної бази в республіці: шкіряних матеріалів для взуття, льоноволокна, створення нових видів хімічних волокон і ниток, барвників тощо. У зв'язку з цим намічено впровадити нові технології виробництва текстильних і трикотажних матеріалів на основі текстильної сировини, що створюється підприємствами хімічної промисловості республіки з поліпшеними гігієнічними властивостями. Оновлення технічної бази виробництва в легкій промисловості передбачається здійснювати на основі нових технологічних рішень за рахунок власних коштів підприємств. Першість у розвитку легкої промисловості віддається підприємствам, що за короткий термін покращують якість продукції по всьому технологічному ланцюжку до випуску кінцевої продукції. Так звані «точкі зростання»: РУПТП «Оршанський льонокомбінат», РУП «Кобринська прядильно-ткацька фабрика «Ручайка», ОАО «Полесьє», ОАО «Камволь», Гродненське РУП «Гронітекс», продукція яких орієнтована переважно на експорт [6].

Головною проблемою розвитку торгівлі з країнами Західної Європи залишається наявність квот на поставки білоруського текстилю, вони традиційно користуються попитом у країнах Європейського Союзу.

Особливо важливо звернути увагу на те, що в Білорусії вже у 2016 році почала діяти «Програма розвитку легкої промисловості на 2015–2020 годы с перспективой до 2030 года» (редакція від 24.05.2018), яку затверджено Радою концерну «Беллегпром» (Білоруський державний концерн з виробництва й реалізації товарів легкої промисловості) [6], спрямована передусім на підвищення ефективності виробництва, випуску сучасних конкурентоспроможних товарів, збільшення експортного складника, залучення в галузь внутрішніх і зовнішніх інвестицій. Крім того, цією Програмою передбачено збільшення обсягу експорту «с учетом внутри- и внешне экономических факторов до 2030 года прогнозируются следующие индикативные параметры роста экспорта предприятий концерна «Беллегпром»: в 2015 г. относительно 2014 г. – 64%, у 2020 г. планируется 107,4%» [6].

Білоруський державний концерн з виробництва й реалізації товарів легкої промисловості (концерн «Беллегпром») утворений у 1992 році на базі Міністерства легкої промисловості Білоруської РСР, підпорядковується Раді Міністрів Республіки Білорусь.

Нині в легкій промисловості Білорусії працюють 2250 підприємств. 86% підприємств переважно знаходяться в приватній власності. Великі підприємства входять у концерн «Беллегпром», який об'єднує 114 підприємств, які виробляють 80% усієї продукції легкої промисловості.

Так, наприклад, за програмою розвитку промисловості легкої промисловості 2016–2020 рр. «інвестиційний проект на цей час реалізується на підприємстві ОАО «Камволь»: «Создание нового производства по выпуску конкурентоспособных тканей бизнес и эконом классов в рамках Указа Президента Республики Беларусь от 11.11.2013 № 510 (в редакции Указа Президента Республики Беларусь от 17.12.2015 № 494)» [6; 8].

Заплановано в рамках вищезазначеної програми до 2020 року поетапну організацію лляної галузі після технічного переоснащення «РУПТП «Оршанський льонокомбінат», проводимого в рамках Указа Президента Республики Беларусь от 21.07.2015 № 335, с учетом результатов реализации Плана мероприятий по научному обеспечению развития льняной отрасли на 2016 – 2020 годы» [6; 9].

Проте держава дбає про взуттєво-шкіряну галузь: «Модернизация производства ОАО «Минское производственное кожевенное объединение» Минский район на 2013-2020 годы» за счет кредитных ресурсов согласно распоряжению Президента Республики Беларусь от 04.04.2013 № 68рп» [6; 10].

Для забезпечення потреб взуттєвих організацій у рамках Указу Президента Республики Білорусь «О мерах по развитию кожевенно-мехового производства и производства обуви» от 14.10.2013 № 467 [6; 11] і Указу Президента Республики Білорусь «О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Беларусь» от 3.12.2015 № 533 [6; 12] створення потужностей з переробки 300 тис. шкір овчини на УП «Вітебський хутряний комбінат» повністю задовольнить потребу вітчизняних взуттєвих організацій у хутряній підкладці. Зазначена програма широко охопила білоруські підприємства легкої промисловості осучаснення техніки за рахунок кредитування та власних коштів «близько семи десяти підприємств (текстильної, трикотажної, швейної та шкіряно-взуттєвої галузей)» [6].

Причини, які вплинули на зниження виробництва більшості видів продукції: слабка законодавча база; неефективна політика збуту, низький рівень конкурентоздатності продукції як за якістю, так і за ціною; технічна відсталість виробництва.

Отже, нині потрібні величезні капітальні вкладення для модернізації та реконструкції підприємств сфери легкої промисловості Білорусії, адже вироблена продукція має високу собівартість. На підприємствах галузі утримується

значна кількість надлишкової робочої сили. Дуже низьким залишається використання виробничих потужностей. Підприємства несуть великі витрати на утримання соціальної сфери. Сировинне забезпечення після розпаду Радянського Союзу галузі треба перевести на ринкову основу.

Оскільки розвиток сучасної сфери легкої промисловості не може існувати та розвиватися в умовах глобальної інформатизації, окремо варто звернути увагу на основу розвитку білоруського законодавства у сфері Інтернету, а саме прийнятий у вересні 1995 р. Закон Республіки Білорусь «Про інформатизацію». Сфера дії цього Закону поширюється на правовідносини, що виникають у процесі формування й використання документованої інформації; створення інформаційних технологій, автоматизованих чи автоматичних інформаційних систем і мереж. Закон визначає такі поняття, як дані, документована інформація, інформаційний ресурс, інформаційна мережа, інформаційна продукція, інформаційні послуги [13].

Пришвидження в суспільстві темпів користування інтернет-послуг дає позитивні зрушення. У січні 2000 року Парламент Республіки Білорусь прийняв Закон «Про електронний документ і цифровий підпис», який є основним правовим актом, що безпосередньо регулює суспільні відносини у сфері Інтернет. [14].

Цивільний кодекс Республіки Білорусь 1998 року має низку статей, що визначають порядок укладення електронних угод, у тому числі й між суб'єктами сфери легкої промисловості. Так, зокрема, стаття 161 дає визначення письмової форми угоди й надає право сторонам при здійсненні угод використовувати засоби електронно-цифрового підпису в порядку, передбаченому законодавством або угодою сторін. Стаття 404 встановлює, що договір у письмовій формі може бути укладений шляхом складання одного документа, підписаного сторонами, а також шляхом обміну документами за допомогою поштового, телеграфного, телетайпного, електронного чи іншого зв'язку [15], ст. 235 «Підстави припинення права власності» передбачає націоналізацію [16], у ст. 2 вказується, що спрямування й координація економічної діяльності забезпечуються державою з метою досягнення соціальних цілей: «направление и координация государственной и частной экономической деятельности обеспечиваются государством в социальных целях (принцип социальной направленности регулирования экономической деятельности)» [17]. Серед підстав припинення права власності ст. 245 глави 15 Цивільного кодексу Республіки Білорусь визначено націоналізацію «в державну влас-

ність шляхом її націоналізації», на відміну від Цивільного кодексу України, розділом V «Відповідальність за правопорушення у сфері господарювання» якого націоналізацію непередбачено [18].

За Конституцією, ст. 13, розділом 1 і Цивільним кодексом Республіки Білорусь передбачено лише «дві форми власності: приватну й державну».

Суб'єктами державної власності можуть бути Білорусь та адміністративно-територіальні одиниці. У такий спосіб, на відміну від Російської Федерації, відсутня муніципальна власність. Порядок використання електронних документів у банківській сфері врегульований різними постановами Національного банку Республіки Білорусь і Банківським кодексом Республіки Білорусь, де в ст. 239 зрівнюються письмова й електронна форма платіжних інструкцій [19]. Білоруське процесуальне законодавство прирівнює «документи, отримані за допомогою електронної, обчислювальної та іншої техніки або одержані за допомогою факсимільного, електронного чи іншого зв'язку, до інших письмових доказів за умови їх належного оформлення й можливості перевірити їх вірогідність (ст. 192 Цивільний процесуальний кодекс [20] і ст. 68 Господарський процесуальний кодекс Республіки Білорусь)» [21]. Актуалізує розробку та прийняття такої програми той факт, що нині такі роботи не проводяться, разом із тим Державна програма розвитку промисловості на 2003–2011 роки, схвалена Постановою Кабінету Міністрів України від 28.08.2003 № 1174, утратила свою актуальність вісім років тому [22].

Отже, можна відзначити, що законодавство Білорусії станом на сьогодні дає змогу якісно врегулювати в тому числі правові відносини, які відбуваються у сфері легкої промисловості щодо укладення електронних угод за участі суб'єктів сфери легкої промисловості, що особливо важливо в умовах глобальної інформатизації всіх сфер суспільного буття.

Висновки. Отже, варто зазначити, що з адміністративно-правового регулювання у сфері легкої промисловості Республіки Білорусь, на нашу думку, доцільно запозичити досвід, який безпосередньо стосується розробки, запровадження та виконання Програми розвитку легкої промисловості й інформатизації. Упровадження в поле практичного функціонування складників вітчизняної сфери легкої промисловості на п'ятирічний період такого нормативно-правового акта, на нашу думку, передусім дало б змогу здійснювати низку синхронізованих, системних, покрокових дій, спрямованих на розвиток потужностей підприємств легкої промисловості України.

ЛІТЕРАТУРА

1. Горшенев В.М. Способы и организационные формы правового регулирования в социалистическом обществе. Москва : Юрид. лит., 1972. 258 с.
2. Сабецький Б.В. Становлення і розвиток правового регулювання трудових відносин в США : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Київ, 2002. 20 с.
3. Плавич В.П. Правове регулювання ринкових економічних відносин. *Правова держава*. Київ, 2002. № 4. С. 175–184.
4. Рисин И.Е., Ежиков А.С. Зарубежный опыт регулирования иностранных инвестиций. *Проблемы региональной экономики*. 2006. № 12. С. 17–25.
5. Климко Г.Н. Основы экономической теории. Политэкономический аспект : учебник для студ. экон. спецвузов / отв. ред. Г.Н. Климко. 3-е изд., перераб. и доп. Київ : Знання, 2001. 646 с.
6. Программа развития легкой промышленности на 2015–2020 годы с перспективой до 2030 года» (редакция от 24.05.2018) Беллегпром (Белорусский Государственный концерн по производству и реализации товаров легкой промышленности) от 26 февраля 2016 года № 1. URL: <http://www.bellegprom.by/tenders/ca8c4d55dbfc2d39.html> World, [http://bellegprom m.by/upload/news_files/programma_16-20.docx](http://bellegprom.by/upload/news_files/programma_16-20.docx) (дата звернення: 27.03.2021).
7. Малий бізнес: зарубіжний досвід. URL: <http://www.remzavod.biz/e9.html>. (дата звернення: 20.11.2016).
8. О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Беларусь : Указ Президент РБ от 17.12.2015 № 494 (Создание нового производства по выпуску конкурентоспособных тканей бизнес и эконом классов в рамках Указа Президента Республики Беларусь от 11.11.2013 № 510). URL: https://kodeksy-by.com/norm_akt/source-Президент РБ/type-Указ/494-17.12.2015.htm (дата звернення: 20.11.2016).
9. О внесении изменений и дополнений в Указ Президента Республики Беларусь : Указ Президент РБ от 21.07.2015 № 335. URL: <https://kodeksy-by.com/normakt/source-Президент РБ/type-Указ/335-21.07.2015.htm> (дата звернення 20.11.2016).
10. О некоторых вопросах открытого акционерного общества «Минское производственное объединение» Минский район» : Распоряжение Президента Республики Беларусь от 04.04.2013 № 68рп. URL: http://president.gov.by/ru/official_documents_ru/findTags/171 (дата звернення: 20.11.2016).
11. О мерах по развитию кожевенно-мехового производства и производства обуви : Указ Президента Республики Беларусь от 14.10.2013 № 467. URL: <http://pravо.newsby.org/belarus/ukaz0/uk033.htm> (дата звернення 20.11.2016).

12. О внесении изменений и дополнений : Указ Президента Республики Беларусь Указ Президента Республики Беларусь от 3.12.2015 № 533. URL: <http://pravo.by/document/?guid=3871&p0=P31100358> (дата звернення 20.11.2016).
13. Про информатизацию : Закон Республики Беларусь от 6 сентября 1995 № 3850-XII. URL: aws.newsby.org/documents/laws/law1131.htm (дата звернення: 20.11.2016).
14. Про электронный документ и цифровую подпись : Закон Республики Беларусь от 28.12.2009 № 113-3. URL: <http://e-gov.by/zakony-ob-elektronnom-dokumentooborote/ob-elektronnom-dokumente-i-elektronnoj-cifrovoj-podpisi> (дата звернення 20.11.2016).
15. Цивільне та сучасне з ним галузі права. URL: zen.in.ua/b/bilorus/civilne-ta-sumizhni-z-nim-galuzi-prava (дата звернення: 20.11.2016).
16. Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) : Закон РФ от 30.11.1994 № 51-ФЗ (ред. от 23.05.2018) (с изм. и доп., вступ. в силу с 03.06.2018). URL: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_5142/3a585d0351c74adc4c9878b6019d704cdd9d3699 (дата звернення: 20.11.2016).
17. Гражданский кодекс Республики Беларусь от 7 декабря 1998 г. № 218-3. Принят Палатой представителей 28 октября 1998 года. URL: [гражданский-кодекс.bel](http://pravo.by/graždanskiy-koдекс.bel) (дата звернення: 20.11.2016).
18. Цивільний кодекс України : коментар. 2-е видання, зі змінами, станом на 15 січня 2004 р. Харків : Одиссей, 2004. 356 с.
19. Банковский кодекс Республики Беларусь 25 октября 2000 г. № 441-3. URL: <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnyye-dokumenty/kodeksy-respubliki-belarus> (дата звернення : 20.11.2016).
20. Гражданский процессуальный кодекс Республики Беларусь от 11 января 1999 г. № 238-3. URL: <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnyye-dokumenty/kodeksy-respubliki-belarus> (дата звернення: 20.11.2016).
21. Хозяйственный процессуальный кодекс Республики Беларусь от 15 декабря 1998 г. № 219-3. URL: <http://pravo.by/pravovaya-informatsiya/normativnyye-dokumenty/kodeksy-respubliki-belarus> (дата звернення: 20.11.2016).
22. Державна програма розвитку промисловості на 2003–2011 роки, схвалена Постановою Кабінету Міністрів України від 28.07.2003 № 1174. *Офіційний вісник України*. 15.08.2003. № 31. С. 78. Ст. 1628.

**СПЕЦИФІКА АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРОВАДЖЕННЯ
У СПРАВАХ ПРО АДМІНІСТРАТИВНІ ПРОСТУПКИ НЕПОВНОЛІТНІХ****SPECIAL FEATURES OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS
IN CASES OF ADMINISTRATIVE JUVENILE OFFENSES**

**Грбар Н.М., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри адміністративного та інформаційного права
Інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»**

**Лук'янова Г.Ю., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри адміністративного та інформаційного права
Інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»**

Сьогодні пріоритетним стала охорона і захист прав та інтересів неповнолітніх. Розвиток українського законодавства спрямовано у бік європейських стандартів. Одним із проявів цивілізованості країни є її рівень забезпечення захисту прав дітей. В Україні здійснюється належний захист прав дітей. Нині Міністерством Юстиції створено низку проєктів, зосереджених на захисті прав дітей. Серед них і розбудова ювенальної системи пробачії в Україні, що спрямована на створення можливості для неповнолітніх, котрі вчинили адміністративні проступки, отримати право виправитись та стати законослухняним і продовжувати бути членом суспільства без ізолювання. Покарання відбувається у формі громадських робіт за участі психологів та спеціалістів.

Не менш значущим є затвердження Національної стратегії реформування системи юстиції дітей на період до 2023 року. У зазначеному документі акцентовано увагу на необхідності вдосконалення механізмів захисту прав та інтересів дітей шляхом здійснення профілактики правопорушень, вчинених дітьми, підвищення рівня соціально-виховної роботи та гарантування належної соціальної адаптації неповнолітніх.

Проте дослідження наукових праць сучасних фахівців із зазначеної проблематики та судової практики дає нам розуміння того, що все ж таки в українському законодавстві міститься достатньо прогалин, що слугують підґрунтям для необхідності подальшої розробки та аналізу специфіки адміністративних правопорушень у справах про адміністративні проступки неповнолітніх з метою законодавчого впливу на адміністративні проступки неповнолітніх та притягнення їх до адміністративної відповідальності, враховуючи складність вчинених ними неправомірних дій із врахуванням настання негативних наслідків.

Сьогодні, хоча й законодавчо закріплено механізм здійснення адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх, проте процес його вдосконалення не завершено, оскільки відстежуємо численні недоліки у законодавстві. Саме тому проблеми здійснення адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх є однією із головних перешкод до наближення національного законодавства до європейських стандартів.

Досліджено, що провадження у справах про адміністративні проступки щодо неповнолітніх є одним із різновидів адміністративно-деліктного провадження. Такі провадження здійснюються на підставі таких же процесуальних правил, що регламентують сам порядок притягнення до адміністративної відповідальності повнолітніх.

У сукупності визначаються особливості та порядок проведення судочинства щодо неповнолітніх як спеціальних суб'єктів адміністративної відповідальності, та виокремлюється специфіка здійснення адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх.

Ключові слова: заходи адміністративного впливу, адміністративні проступки, адміністративні правопорушення, стадії адміністративного провадження, неповнолітні, суб'єкти адміністративного провадження.

Today, the protection and defense of the rights and interests of minors are of great significance. The development of Ukrainian legislation is aimed at European standards. One of the manifestations of the country's civilization is its level of protection of children's rights. Ukraine has appropriate protection of children's rights. The Ministry of Justice has created a number of projects focused on the protection of children's rights. They include the development of a juvenile probation system in Ukraine, aimed at creating opportunities for juveniles who committed administrative offenses, obtaining the right to mend one's ways, become law-abiding, and continue to be a member of society, without isolation. Punishment takes the form of community service with the participation of psychologists and specialists.

The approval of the National Strategy for Reforming the Juvenile Justice System until 2023 is equally important. This document emphasizes the need to improve mechanisms to protect the rights and interests of children by preventing offenses committed by children, increasing the level of social and educational work and ensuring proper social adaptation of minors.

However, the study of scientific works of modern experts on this issue and court practice gives us the understanding that the Ukrainian legislation still contains enough gaps that serve as a basis for the need to further develop and analyze the special features of administrative offenses in cases of administrative juvenile offenses. These measures are taken in order to influence administrative offences of minors and bring them to administrative responsibility, taking into account the complexity of their illegal actions and the occurrence of negative consequences.

Although the mechanism of administrative proceedings in cases of administrative juvenile offenses is fixed in the law, the process of its improvement is not complete, as we are tracking numerous shortcomings in the legislation. That is why the problems of administrative proceedings in cases of administrative juvenile offenses are one of the main obstacles to approaching the national legislation to European standards.

It is investigated that proceedings in cases of administrative juvenile offenses are one of the types of administrative delictual proceedings. Such proceedings are carried out on the basis of the same procedural rules governing the procedure for bringing adults to administrative responsibility.

In conclusion, the peculiarities and procedure of conducting juvenile proceedings, in which a juvenile is a special subject of administrative responsibility, are determined and the special features of administrative proceedings in cases of administrative juvenile offenses are distinguished.

Key words: measures of administrative influence, administrative offenses, administrative misconducts, stages of administrative proceedings, juveniles, subjects of administrative proceedings.

Постановка проблеми. Сучасне суспільство стало досить жорстоким та безжалювим. Занепад економіки, крах у соціальній сфері породжує жорстокість, свавілля та почуття безкарності. Нині стало модним самостверджу-

ватись за рахунок слабшого. Особливо це розповсюдилось серед підлітків та неповнолітніх. Посилюють цей процес засоби масової інформації та мережа Інтернет. Сьогоднішнє неповнолітнє покоління весь вільний час прово-

дить у соціальних мережах, де здебільшого поширюється непослух, застосування сили, та відбувається підсвідоме зомбування. В сукупності зазначені фактори підсилюють вчинення протиправних дій неповнолітніми.

Україна постала перед проблемою боротьби із правопорушеннями вчиненими неповнолітніми. Така боротьба має на меті пошук універсальних важелів впливу для припинення таких дій. Першим обов'язком, що постає перед державою, є зосередження діяльності щодо недопущення та попередження протиправних дій неповнолітніми. Для виконання такого обов'язку налагоджується взаємозв'язок між усіма органами і службами у справах дітей, та здійснюється пропагування щодо їх виховання і контролю з боку батьків та педагогів. Проте першочерговим є забезпечення та гарантування захисту прав неповнолітніх.

Аналіз досліджень і публікацій. Питання адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх у різні часи досліджувало багато науковців. Серед них І.П. Голосніченко, Ю.П. Битяк, С.В. Бородин, Н.Ф. Кузнецова, Я.М. Шевченко та інші.

Мета – дослідити на теоретичному рівні особливості адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх.

Виклад основного матеріалу. За останні роки на зміну суспільної свідомості вплинули багато факторів, які сприяли утвердженню прав неповнолітніх та зобов'язали державу боротися із неправомірними діями неповнолітніх. Нині діяльність неповнолітніх вимагає своєрідного підходу з боку держави та суспільства, а захист їхніх прав має стати переважним завданням країни.

Однією з передбачених законодавством особливостей адміністративної відповідальності дітей є те, що вчинення правопорушення неповнолітнім є пом'якшувальною обставиною, оскільки неповнолітні загалом не мають стійкої психіки, достатнього життєвого досвіду, не завжди усвідомлюють шкоду від заподіяного, легко підпадають під вплив інших осіб, особливо старших за віком, що нерідко стають організаторами або підбурювачами правопорушень; ураховується також, що неповнолітні легко піддаються виховному впливу й можуть виправитися без застосування до них жорстких заходів адміністративного стягнення. Зауважимо, що в багатьох країнах світу адміністративна відповідальність настає не з 16 років, а набагато раніше. З огляду на наші реалії вік, з якого настає адміністративна відповідальність, потрібно зменшити до 14 років [1, с. 165].

Для глибшого розуміння того, що спонукає підлітків та дітей на вчинення протиправних діянь, їх наслідки та як з ними боротися, спробуємо здійснити аналіз та визначити специфіку адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх.

Якщо говорити про неповнолітню особу як таку, що бере участь в адміністративному провадженні, то варто відмітити, що виникає необхідність в особливому ставленні до такого учасника судового розгляду.

Факторами, що зумовлюють особливий підхід під час адміністративного провадження щодо підлітка, є його вік, психологічний стан, усвідомлення вчинюваних ним діянь, визначення правосуб'єктності неповнолітнього.

Підтримуємо думку Г. Міньковського, який зазначає, що причини виникнення правопорушень неповнолітніх не можна відривати від причин існування правопорушень у нашому суспільстві взагалі [2, с. 84].

Щоб зрозуміти, як саме потрібно здійснювати захист процесуальних прав неповнолітнього та якою має бути процедура адміністративного провадження, найперше необхідно проаналізувати саме поняття «неповнолітній». Так, у ст. 32 ЦК України неповнолітньою особою вважається особа у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років.

Юридична енциклопедія України дає нам таке визначення поняття: неповнолітній – це особа, якій не виповнилося 18 років [3, с. 144].

За міжнародними стандартами неповнолітньою вважається дитина до 18 років. Зокрема, у п. 2.2 (с) Мінімальних стандартних правил ООН зазначається, що неповнолітнім правопорушником є дитина або молода особа, яка підозрюється у вчиненні правопорушення, або, як встановлено, його вчинила [4, с. 112]. Хоча тут йдеться швидше про неповнолітнього як суб'єкта кримінального провадження, проте хочемо вказати на те, що в положенні ч.1 ст. 6 СК України зазначено, що до досягнення повноліття за особою зберігається статус дитини. Відповідно, якщо неповнолітньою вважається дитина у віці від чотирнадцяти до вісімнадцяти років [5], то можемо констатувати, що це тлумачення і підпадає під роз'яснення поняття «неповнолітнього» як суб'єкта адміністративного провадження.

Здійснивши аналіз різних підходів до тлумачення поняття «неповнолітній», хочемо зауважити, що єдності щодо визначення поняття не існує. Проте є багато схожих і наближених наукових думок. Ми своєю чергою хочемо узагальнити зазначене поняття та вказати, що неповнолітнім є дитина, котра не досягла 18 років та з огляду на свій психологічний розвиток має неправильне розуміння своїх дій.

Досліджуючи специфіку адміністративної відповідальності неповнолітніх, зазначимо, що до такої відповідальності входить багато складників, як-от: вік неповнолітнього, його психологічний стан, психологічна стійкість стосовно навколишнього середовища та подій, що розгортаються довкола нього, способи та засоби реагування на протиправну поведінку неповнолітнього та особливості здійснення процедури адміністративних проваджень у справах щодо адміністративних правопорушень неповнолітніми особами.

Загалом, на думку фахівців, котрі вивчали питання особливостей адміністративної відповідальності неповнолітніх, вона повинна включати в себе: 1) врахування вікових особливостей неповнолітнього; 2) юридичні гарантії захисту прав і законних інтересів неповнолітніх; 3) повноту індивідуального соціально-психологічного дослідження особистості неповнолітнього; 4) вибір індивідуального заходу впливу та його виконання [6, с. 159].

Реалізацію вказаних автором ознак є можливість забезпечити за умов належного гарантування прав неповнолітньої особи під час адміністративного провадження. Своєрідною особливістю здійснення провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх з метою їх притягнення до адміністративної відповідальності є те, що вони з огляду на свій вік та психологічну нестійкість особисто не здійснюють представництво своїх інтересів у суді. За них представництво здійснюють батьки, опікуни, піклувальники.

О.Х. Галімов звернув увагу на те, що можливість участі неповнолітніх у судочинстві як якого-небудь суб'єкта визначається відповідно до психологічного, а не вікового критерію, а також особливість цієї участі полягає у тому, що власні права вони реалізують за допомогою представників [7, с. 38].

Своєю чергою М. Маслянков стверджує, що у всякому провадженні, пов'язаному з адміністративними правовідносинами, комплекс процесуальних дій приблизно однаковий. Якісні та кількісні характеристики проваджень залежать від особливостей правовідносин, що виникають: очевидності або завуальованості делікту; складності доказування у справі; наявності чи відсутності очевидців правопорушення та інших обставин [8, с. 13].

Ю. Левенець до основних ознак адміністративної відповідальності відносить: 1) підставу адміністративної відповідальності – адміністративне правопорушення (проступок), яке не являє собою великої суспільної небезпеки; 2) наявність особливого набору засобів адміністративного впливу – адміністративних стягнень; 3) наявність системи органів адміністративної юрисдикції, які відповідно до повноважень, визначених законодавством, мають право застосовувати

заходи адміністративних стягнень і притягувати до відповідальності правопорушників; 4) особливий порядок реалізації адміністративної відповідальності [9, с. 60].

На думку А. Веселова, адміністративна відповідальність у системі ювенальної юстиції – це особлива правова форма реакції держави на адміністративні правопорушення з боку дитини, яка полягає в сукупності встановлених державою матеріальних процесуальних правових норм з метою спонукання неповнолітнього правопорушника заходами виховного чи примусового характеру до належної поведінки [10, с. 50].

Таким чином, адміністративна відповідальність неповнолітніх – це примусові заходи впливу, застосовані на основі норм процесуального законодавства до неповнолітніх, що винні у вчиненні адміністративного проступку, з метою виправлення їх поведінки та недопущення таких протиправних діянь у майбутньому.

Провадження у справах про адміністративні проступки стосовно неповнолітніх є одним із різновидів адміністративно-деліктного провадження. Таке провадження здійснюється на підставі тих же процесуальних правил, що регламентують порядок притягнення до адміністративної відповідальності за ті чи інші адміністративні проступки дорослих. Тому вони не виділяються в окреме, специфічне провадження.

Загальновідомим є той факт, що діяльність суду базується на логічних структурно правильно побудованих процесуальних діях, тому стверджуємо, що процес розгляду справ про адміністративні проступки неповнолітніх відбувається за стадіями, які чітко визначають послідовність вчинення процесуальних дій під час здійснення адміністративного провадження щодо неповнолітнього.

Ю. Битяк виділяє такі стадії адміністративного провадження: стадія аналізу ситуації, стадія прийняття рішення по справі, стадія оскарження, або опротестування рішення по справі, виконання рішення по справі [11, с. 192].

На думку А. Коренева, провадження у справі про адміністративну відповідальність складається із п'яти стадій: порушення справи, з'ясування фактичних обставин, розгляд справи, винесення рішення по справі, виконання рішення по справі [12, с. 142].

Якщо ж аналізувати першу стадію порушення справи про адміністративний проступок неповнолітнього та адміністративне розслідування, то така стадія включає такі етапи: виявлення факту вчинення адміністративного правопорушення (особисто; заява; повідомлення тощо); порушення справи про адміністративне правопорушення за фактом вчинення протиправного діяння; повне і об'єктивне з'ясування обставин справи; в разі необхідності застосування та процесуальне оформлення заходів забезпечення провадження; процесуальне оформлення результатів розслідування адміністративного правопорушення; направлення матеріалів для розгляду за підвідомчістю [13, с. 76].

Варто відмітити, що у разі вчинення адміністративного правопорушення неповнолітнім у віці від 14 до 16 років протокол про адміністративне правопорушення складається на одного з батьків чи законних представників неповнолітнього. У разі вчинення адміністративного проступку неповнолітнім у віці від 16 до 18 років такий протокол складається безпосередньо на саму неповнолітню особу. Для встановлення віку неповнолітнього перевіряються документи, у яких вказано дату народження, а за відсутності свідоцтва про народження інформацію отримують із книги реєстрації актів цивільного стану, довідок органів Національної поліції за місцем реєстрації неповнолітнього. За відсутності будь-якої інформації щодо повнолітнього його вік встановлюється за допомогою судово-медичної експертизи.

Наступною стадією у справі про адміністративну відповідальність неповнолітнього є підготовча стадія. На цій стадії визначається наявність підстав для кваліфікації проступку

неповнолітнього як саме адміністративного. З'ясовується, чи дійсно підліток вчинив правопорушення. Суд на цій стадії реалізує зазначені в КАС України завдання з метою всебічного та об'єктивного дослідження обставин справи. За необхідності до процесу залучаються експерти, спеціалісти та перекладачі. Відбувається реалізація принципу законності та об'єктивної істини шляхом зібрання усіх необхідних матеріалів справи та доказової бази.

Третьою стадією є розгляд справи по суті. На цій стадії здійснюється аналіз зібраних матеріалів і з'ясовуються обставини по справі, відбувається розгляд справи по суті, досліджуються докази і приймається та доводиться постановова до відома зацікавлених осіб.

Під час розгляду справи про вчинення неповнолітнім адміністративного проступку, крім обставин, зазначених у ст. 194 КАС України, необхідно також з'ясувати: стан здоров'я та загального розвитку неповнолітнього, характеристику, умови життя та виховання, обставини, що негативно впливали на його виховання, а також його особисте ставлення до вчиненого діяння.

Якщо у суду виникне сумнів щодо розумового чи фізіологічного розвитку неповнолітнього, або є інформація, яка свідчить про розумову відсталість неповнолітнього, судом призначається психолого-психіатрична та/або педагогічно-психолого-психіатрична експертиза для з'ясування розвитку дитини та її психічного розвитку зокрема. Такі експертизи дають можливість проаналізувати стан неповнолітнього на момент вчинення адміністративного проступку, можливість ним усвідомлювати значення своїх дій та керування ними.

Обов'язком суду є інформування про час і місце розгляду справи законних представників неповнолітнього, службу у справах дітей, підприємство, установу, організацію, в яких він навчався чи працював. Невиконання цих вимог закону є порушенням права на захист неповнолітнього.

Рішення по справі має прийматись суб'єктом владних повноважень тільки тоді, коли у нього буде чітке переконання у тому, що неповнолітній правопорушник правильно розуміє зміст фактичних обставин, які є беззаперечними, за відсутності сумнівів щодо добровільності й істинності позиції неповнолітнього. Безпосереднім і єдиним засобом пізнання істини в діяльності судів у справах про адміністративні правопорушення неповнолітніх є юридичні докази, визначені в юридичній літературі, як фактичні дані, які використовуються для пізнання обставин відповідно до принципу об'єктивної істини [14, с. 217].

Призначаючи покарання неповнолітнім та ставлячи за мету виправлення, перевиховання та реабілітацію неповнолітнього, обов'язком суду є дотримання принципів справедливості, законності, обґрунтованості та індивідуалізації покарання.

Наступною, не обов'язковою стадією є стадія опротестування постанови по справі. На цій стадії неповнолітній або його представник чи законні представники мають право оскаржувати постанову про притягнення неповнолітнього до адміністративної відповідальності.

Завершальною є стадія виконання постанови про накладення адміністративного стягнення на неповнолітнього. Така стадія настає на стадії виконання постанов про накладення адміністративних стягнень на неповнолітніх і підлягає виконанню з часу винесення. Для виконання постанови про накладення адміністративного стягнення на неповнолітнього суттєве значення має правильний вибір режиму виконання того чи іншого покарання.

Виділені стадії належать до усіх видів судових адміністративних проваджень, які входять до складу судового адміністративного процесу: провадження в адміністративних судах першої інстанції, апеляційне провадження, касаційне провадження, провадження за винятковими обставинами, провадження за нововиявленими обставинами. Водночас кожне з проваджень має особливості

структурної побудови, які проявляються у конкретизації відповідних процесуальних дій, які систематизуються у певні стадії [15, с. 15].

Висновки. Враховуючи проведений аналіз особливостей адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх, ми можемо дійти висновку, що сьогодні законодавством України значно краще врегульовано процедуру здійснення адміністративного провадження щодо неповнолітніх як особливих учасників судового процесу. Проте варто зосередити увагу на завершенні трансформування національної судової системи за європейськими стандартами та наближення здійснення адміністративного провадження щодо неповнолітніх до вимог ЄС.

З огляду на це для ефективного функціонування системи адміністративного правосуддя у провадженнях щодо неповнолітніх необхідно враховувати міжнародні стандарти та міжнародну судову практику. Сьогодні для результативного функціонування системи правосуддя у провадженнях щодо адміністративних проступків неповнолітніх варто забезпечити не лише участь представ-

ника чи законного представника, а також у разі необхідності залучати у судовий процес педагога чи психолога та дотримуватись конфіденційності для того, щоб не завдати шкоди неповнолітньому.

Резюмуючи, можемо сказати, що процедура здійснення адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх є різновидом адміністративно-деліктного провадження, містить такі ж стадії і тому не відрізняється від процедури притягнення до адміністративної відповідальності дорослих. Особливість такого провадження полягає у тому, що, по-перше, неповнолітня особа віком від 14 до 16 років сама не несе відповідальність за вчинені діяння, а за неї це роблять законні представники; по-друге, на здійснення адміністративного провадження у справах про адміністративні проступки неповнолітніх має вплив визначення психологічного стану неповнолітнього; по-третє, враховуючи особливість неповнолітнього як специфічного суб'єкта адміністративного судочинства, виникає необхідність у забезпеченні індивідуального підходу до вибору заходів адміністративного впливу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Корнієнко М.В. Деякі особливості адміністративної відповідальності дітей згідно з чинним законодавством України. *Вісник ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка*. Вип. 2 (82), 2018. С. 162–169. URL: <file:///C:/Users/Lenovo/Downloads/124-%>.
2. Миньковский Г.М. Некоторые причины преступности несовершеннолетних в СССР и меры ее предупреждения. *Советское государство и право*. №5, 1966. С. 84–93.
3. Юридична енциклопедія в 6 т. / відп. Ред. Шемшученко Ю.С. Київ : укр. енцикл, 1998. Т. 4. Н-П, 2004. 720 с.
4. Моееева Т.О. Комплексное криминалистическое исследование потожировых следов человека. Москва : *Городец-изд-во*, 2000. 224 с.
5. Сімейний кодекс : Закон України від 10.02.2002. № 2947-III. *Відомості Верховної ради України*, 2002. № 21-22. Ст. 35.
6. Горбач О.В. Адміністративна відповідальність неповнолітніх, батьків, або осіб які їх замінюють : дис. ... кандидата юрид. наук. 12.00.07. Київ, 2006. 215с.
7. Галимов О.Х. Малолетние лица в уголовном судопроизводстве. СПб. Питер, 2001. 224 с.
8. Масляников М.Я. Административно-юридический процесс. Воронеж, 1990. 206с.
9. Левенець Ю.О. Поняття адміністративної відповідальності. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції*. Вип. 3, 2012. С. 54–62.
10. Веселов М. Інститут адміністративної відповідальності у системі ювенальної юстиції. *Зовнішня торгівля: економіка, фінанси і право*. № 5, 2019. С. 49–62. URL: [http://zt.knute.edu.ua/files/2019/05\(106\)/07.pdf](http://zt.knute.edu.ua/files/2019/05(106)/07.pdf)
11. Битяк Ю.П. Адміністративне право України: підручник. Харків : Право, 2001. 528 с.
12. Коренев А.П. Нормы административного права и их применение. Москва : Юрид. Лит., 1978. 142 с.
13. Логвиненко Б.О. Провадження в справах про адміністративні правопорушення у сфері охорони здоров'я : навч. посіб. Дніпро : *Видавель Біла К.О.*, 2020. 106 с. URL: http://er.dduvs.in.ua/bitstream/123456789/4239/1/%D0%9B%D0%BE%D0%B3%D0%B2%D0%B8%D0%BD%D0%B5%D0%BD%D0%BA%D0%BE_%D0%BF%D0%BE%D1%81%D1%96%D0%B1%D0%BD%D0%B8%D0%BA%20%D0%BF-%D1%80%D0%BE%D0%B2%D0%B0%D0%B4%D0%B6%D0%B5%D0%BD%D0%BD%D1%8F.pdf
14. Алексеев С.С. Общая теория права. Москва : *Юрид.лит.*. Т.2, 1982. 360 с.
15. Вовк П.В. Захист прав, свобод та інтересів громадян в адміністративних судах першої інстанції : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. 12.00.07. Одеса, 2009. 22 с.

**ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ У СПОРАХ
ЩОДО МІЖНАРОДНОГО ПОДВІЙНОГО ОПОДАТКУВАННЯ В УКРАЇНІ****SOME ISSUES OF THE ADMINISTRATION OF LAW IN INTERNATIONAL DOUBLE
TAXATION DISPUTES IN UKRAINE****Климович Ю.О., студентка V курсу магістратури
господарсько-правового факультету***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого***Шульга Т.М., к.ю.н.,
доцент кафедри фінансового права***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено дослідженню проблемних питань щодо правозастосування під час вирішення податкових спорів за участю нерезидента щодо міжнародного подвійного оподаткування. Наголошується на тому, що явище подвійного оподаткування має негативний характер та може призводити до несприятливих економічних наслідків. Зазначається про те, що досліджуване явище може виникати на декількох рівнях: внутрішньому та міжнародному. Авторами окреслюється коло обставин, що стають причиною міжнародного подвійного оподаткування. Акцентується увага на двох механізмах, що використовуються з метою його попередження та уникнення. Аналізуються положення національного законодавства, зокрема Податкового кодексу України, які спрямовані на попередження зазначеної проблеми та встановлюють порядок справляння податку з доходів нерезидента із джерелом їх походження в Україні та доходів резидента, отриманих ним за її межами. Наголошується на ключовій ролі міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування як засобу попередження виникнення досліджуваної проблеми. Зазначається про структурні та змістовні особливості цих правових актів. Увага акцентується на тому, що податкові спори з приводу міжнародного подвійного оподаткування з урахуванням сучасних економічних та соціальних тенденцій є поширеною категорією адміністративних справ. Автори аналізують практику національних судів із метою виявлення загальних правових позицій та підходів, що використовуються під час вирішення цієї категорії податкових спорів. Зазначається про складність правозастосування у зв'язку з множинністю міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування, однак доводиться, що національними судами вироблено правові позиції, які, з урахуванням фактичних обставин справи, використовуються ними під час вирішення зазначеної категорії податкових спорів. Проводиться аналіз окремих постанов Верховного Суду. Окреслюються ключові підходи та позиції національних судів, зокрема щодо визначення статусу представництва нерезидента як постійного чи непостійного з метою оподаткування, щодо оподаткування процентів та визначення юрисдикції держави, де здійснюватиметься справляння податку.

Ключові слова: подвійне оподаткування, міжнародне подвійне оподаткування, міжнародні угоди про уникнення подвійного оподаткування.

The article is dedicated to the examination of some issues related to the administration of law during the process of adjudication of a tax dispute in the field of double taxation involving non-residents. The authors pay attention to the fact that double taxation is considered to be negative phenomenon and it can lead to adverse economic effects. It is being noted that phenomenon under study may occur at several levels: the domestic and the international ones. The authors describe some factors which may cause international double taxation. Attention is drawn to two mechanisms which are used to prevent and escape this problem. The authors analyze provisions of national legislation, including the Tax Code of Ukraine, which are aimed at preventing the problem and establish a procedure of income taxation of non-residents with sources of income from Ukraine and non-residents with foreign sources of income. It is emphasized that treaties on avoidance of double taxation play a key role as a method of preventing the examined problem. The structural and substantive features of these legal acts are noted. Attention is drawn to the fact that treaties on avoidance of double taxation, taking into account current economic and social trends, are a common category of administrative cases. The authors analyze the practice of national courts in order to identify common legal positions and approaches used in resolving this category of tax disputes. It is noted that the administration of law is complicated due to the plurality of international treaties on avoidance of double taxation, but it is justified that national courts have developed legal positions which are used by them in adjudication of this category of tax disputes according to the facts of the case. Some decisions of the Supreme Court are analyzed. The key approaches and positions of national courts in some cases, such as the determination of the status of non-residents' establishment as the permanent or the non-permanent one for tax purposes, taxation of interest and the determination of the jurisdiction of the state where a tax will be paid, are outlined.

Key words: double taxation, international double taxation, treaties on avoidance of double taxation.

Подвійне оподаткування – це явище, яке виникає внаслідок стягнення податків одного виду з одного платника за певний період часу. За своєю природою воно має скоріше негативний характер, оскільки податковий тягар може стати непомірним для платника, що призведе до втрати стимулу до розвитку і розширення масштабів діяльності збільшення рівня доходу чи майна або до унеможливлення таких дій. Це стане причиною зменшення надходжень до державних цільових фондів та матиме глобальні негативні економічні наслідки. Окрім того, такі принципи, як фіскальна достатність та соціальна справедливість, передбачають наявність меж в обсягу податкових відрахувань, які мають бути здійснені зобов'язаним суб'єктом. Доцільно виділяти два основні види подвійного оподаткування залежно від рівня його виникнення: внутрішнє, тобто таке, що існує на території окремої держави, та зовнішнє, або його ще називають міжнародним [3, с. 85], оскільки стягнення аналогічних податкових платежів до одного

об'єкта відбувається в межах різних юрисдикцій. З урахуванням сучасних тенденцій до пожевлення міжнародного співробітництва та розширення економічних зв'язків між різними державами актуальними стають питання здійснення належного оподаткування, враховуючи публічні та приватні інтереси, та вжиття заходів для уникнення подвійного оподаткування. З цієї метою держави укладають спеціальні міжнародні договори. Не виключенням є й Україна. Однак, незважаючи на наявність правових актів, спрямованих на беззаперечне запобігання зазначеній проблемі, з аналізу національної судової практики можна дійти висновку про те, що спори, які стосуються міжнародного подвійного оподаткування, є доволі поширеною категорією адміністративних справ. У зв'язку з тим, що на практиці все ж виникають спірні ситуації, які потребують розв'язання в судовому порядку, можна констатувати нагальну необхідність системного аналізу практики правозастосування у зазначеній сфері.

Серед науковців, які займаються дослідженням проблемних питань, пов'язаних з подвійним оподаткуванням, слід відзначити І.Я. Олендер [3], [4], К.Ф. Ковальчука, Л.В. Петрову [2], Ю.В. Городніченка [1], М.П. Кучерявенка [6].

Метою статті є дослідження окремих проблемних питань правозастосування у сфері, що стосується міжнародного подвійного оподаткування в Україні, з урахуванням практики національних судів.

Як зазначають науковці, міжнародне подвійне оподаткування виникає з причин існування певних економічних передумов та суперечностей між податковими законодавствами двох або більше держав [2, с. 263]. Характерними рисами, які дозволяють ідентифікувати досліджуване явище, є єдиний об'єкт оподаткування, ідентичність платника податку, оподаткування подібними чи аналогічними податками більше ніж один раз протягом одного податкового періоду, здійснення оподаткування платника податку кількома самостійними податковими юрисдикціями [3, с. 85]. Загальні правила, що стосуються уникнення подвійного оподаткування, викладено у Податковому кодексі України (далі – ПК України). Так, можна згрупувати зазначені правила залежно від категорії платника податку: чи є він резидентом чи нерезидентом, фізичною чи юридичною особою. І якщо правові норми щодо оподаткування доходів, отриманих резидентами України за її межами, безпосередньо визначають, як буде розраховуватися розмір суми податку, то, якщо йдеться про оподаткування доходів нерезидентів із джерелом їх походження з України, правова норма відсилає до положень певного міжнародного договору [5, ст. 13, 103]. У цьому контексті важливо зазначити, що науковці безпосередньо наголошують на існуванні двох шляхів, спрямованих на розв'язання досліджуваної проблеми: одностороннього та двостороннього (багатостороннього). Перший передбачає зміну національного податкового законодавства, другий – укладення міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування [4, с. 177]. Податкова угода має подвійну природу. Дійсно, з одного боку, вона регулюється міжнародним правом, а з іншого – після її інкорпорації в національне податкове право стає елементом внутрішньодержавного податкового законодавства [6, с. 231]. Як зазначає І.Я. Олендер, договори про уникнення подвійного оподаткування укладаються на основі типових моделей конвенцій чи договорів про уникнення подвійного оподаткування, таких як Типова конвенція ОЕСР про уникнення подвійного оподаткування доходів і капіталу від 1963 р. (в останній редакції 2003 р.). Саме вона покладена в основу проекту Конвенції про уникнення подвійного оподаткування доходів і майна та запобігання ухиленням від сплати податку [4, с. 178]. З аналізу текстів конвенцій між Урядом України та Урядом окремих держав можна зауважити, що окремі їх положення у своїх формулюваннях можуть різнитися, наприклад, у визначенні переліку податків, на які поширюватиметься дія цього міжнародно-правового акта, проте більшість принципів положень залишаються незмінними в кожній із таких конвенцій. Національні суди під час вирішення окремих податкових спорів щодо подвійного міжнародного оподаткування з урахуванням обставин кожної окремої справи та застосовуючи необхідний міжнародний договір, укладений з конкретною державою, все ж виробили низку загальних правових позицій, яких дотримуються.

Так, усталеною є правова позиція національних судів у підходах до тлумачення правових норм під час визначення статусу представництва нерезидента як постійного чи непостійного. Її застосування має важливе значення, оскільки від статусу такого представництва прямо залежатиме обсяг податкових платежів, що справлятимуться з нього. Можна виділити такі загальні ключові положення: 1) провадження господарської діяльності тлумачиться як підстава набуття статусу постійного представництва нерезидента в Україні; 2) необхідним є зіставлення діяльності, що здійснюється представництвом, з видами діяльності материнської компанії згідно з її установчими документами [13], [10]; 3) як кваліфікуюча ознака під час характеристики статусу представництва використовується можливість здійснення ним підприємницької діяльності або уповноваження його на здійснення лише функцій, які мають допоміжний та (або) підготовчий характер [11]. Як допоміжну та підготовчу діяльність було, зокрема, визначено збирання та передачу інформації для материнської компанії, проведення наукових дослідів та санітарно-епідеміологічної експертизи зразків хімічної продукції, проведення досліджень дії засобів захисту рослин для отримання дозвільних документів на їх продаж [13], проведення за рахунок коштів, отриманих від материнської компанії, витрат на забезпечення діяльності самого представництва, таких як оренда офісу, витрати на зв'язок, послуги з перевезення, юридичні послуги тощо [11]; 4) здійснюється розмежування трьох ступенів присутності нерезидента у державі: без фактичної присутності нерезидента, тоді за угодами про уникнення подвійного оподаткування держави мають обмежене право на стягнення податків із таких доходів; створення дочірнього підприємства, яке має всі ознаки податкової правосуб'єктності, але, з урахуванням його субординаційних відносин із материнською компанією, у відповідних міжнародних договорах як механізм уникнення подвійного оподаткування використовується «принцип витягнутої руки»; створення представництва, іншого структурного підрозділу чи розміщення персоналу або майна. Постійне представництво уособлює концепцію територіальної, але не юридичної відокремленості, тому вважається окремим від самого нерезидента суб'єктом; 5) специфікою зазначених компаній вважається те, що сама компанія несе витрати, в тому числі через представництва, в одних державах, а доходи отримує на банківські рахунки, відкриті в інших; 6) важливою умовою для тлумачення статусу представництва як постійного є здійснення ним комерційної діяльності; 7) для кваліфікації діяльності як допоміжної або підготовчої можливо використовувати таакі способи, як: аналіз фактичної діяльності представництва та материнської компанії з урахуванням положень внутрішніх документів; врахування істотності та значущості діяльності представництва: чим більш значною вона є, тим більша ймовірність функціонування саме постійного представництва, аналіз кількісного та якісного складу працівників, з огляду на те, чи є він достатнім для здійснення основної діяльності компанії [8].

Усталеною є позиція національних судів і у питанні оподаткування процентів. Зокрема, із тлумачення положень угод про уникнення подвійного оподаткування слідує, що під час стягнення податків щодо процентів встановлено певний компроміс між договірними державами. Їх оподаткування в одній державі за певних умов не є перешкодою для стягнення податків в іншій, однак беручи до уваги передбачений такою угодою максимальний розмір ставки [7, 9, 12].

Ще одним принциповим положенням, яке застосовується національними судами під час вирішення досліджуваної категорії податкових спорів, є те, що беззаперечною вважається заборона на вибір платником юрисдикції тієї держави, де здійснюватиметься справляння податку на дохід. Така вимога є очевидною зі змісту самої міжнародної угоди між державами. Її порушення суперечить як міжнародному акту, так і сутності самого податку [12].

Отже, спори за участю нерезидентів щодо недопустимості подвійного оподаткування в Україні становлять питомий відсоток адміністративних спорів. Основою для їх вирішення є застосування національними судами положень міжнародних угод про уникнення подвійного оподаткування. Складністю правозастосування у таких

випадках є множинність міжнародних угод, адже зазвичай вони укладаються між двома державами безпосередньо. Таким чином, під час вирішення спору з урахуванням фактичних обставин окремої справи застосуванню підлягають різні міжнародні угоди, де формулювання положень щодо одних і тих же питань може різнитися. Однак, вра-

ховуючи той факт, що такі правові акти створюються на основі типових, національними судами все ж вироблено загальні універсальні правові позиції та підходи до тлумачення їх норм. Застосування таких позицій сприяє усталеності, одноманітності судової практики та покращенню якості захисту прав зобов'язаного суб'єкта.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гордніченко Ю.В. Подвійне оподаткування: його сутність та методи усунення. *Гроші, фінанси і кредит*. 2017. Вип. 10. С. 574–578.
2. Ковальчук К.В., Петрова Л.В. Дослідження сучасних проблем у сфері уникнення подвійного оподаткування. *Проблеми економіки та політичної економії*. 2018. № 1. С. 260–270.
3. Олендер І.Я. Визначення ознак подвійного оподаткування. *Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки*. 2019. Т. 30 (69). № 3. С. 83–86.
4. Олендер І.Я. Методи уникнення міжнародного подвійного оподаткування: постановка проблеми. *Право і суспільство*. 2019. № 3. С. 177–181.
5. Податковий кодекс України: Закон України від 02.12.2010 р. № 2755-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 13-14, № 15–16, № 17. Ст.112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2755-17#Text>.
6. Податкове право України : підручник / [О.О. Головашевич, А.М. Котенко, Є. М. Смичок та ін.] ; за ред. М. П. Кучерявенка, Н. А. Маринів. Харків : Право, 2019. 440 с.
7. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 31 серпня 2018 року, справа №2а/0370/1070/12. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/76221788>.
8. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 17 жовтня 2019 року, справа № 2а-16434/12/2670. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/85153986>.
9. Постанова Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 07 лютого 2020 року у справі № 814/902/13-а. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/87478258>.
10. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 16 березня 2020 року, справа № 826/7675/18. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88360094>.
11. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду 29 січня 2021 року, справа № 826/244/15. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94511651>.
12. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 25 лютого 2021 року, справа № 826/12322/16. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95177084>.
13. Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від 06 квітня 2021 року, справа № 826/8160/15. Єдиний реєстр судових рішень. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/96050403>.

ЗАКОНОДАВЧІ ТА ДЕОНТОЛОГІЧНІ АСПЕКТИ РЕКЛАМИ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ В УКРАЇНІ

LEGISLATIVE AND DEONTOLOGICAL ASPECTS OF ADVERTISING ADVOCATE ACTIVITIES IN UKRAINE

Ковальова Я.О., к.ю.н.,
асистент кафедри адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Пацера Ю.О., студентка I курсу магістратури
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено проблемі закріплення і врегулювання реклами адвокатської діяльності в Україні. Ця тема є актуальною, адже в сучасному світі ринок послуг значно виріс та модифікувався, дещо відійшло на другий план, а дещо користується неабиякою популярністю, оскільки саме попит породжує пропозиції. Винятком не стала й адвокатська діяльність та надання адвокатських послуг.

У сфері надання юридичних послуг наявна сильна конкуренція, а отже, і «змагання» за клієнтів. Привернути до себе увагу, привабити своїми послугами та не загубитися в нескінченному потоці інформації допоможе саме реклама. Реклама покликана формувати успіх, а наявна в ній інформація слугує об'єктивним відображенням професійних знань та навичок адвоката. Метою цієї статті є дослідження реклами саме у сфері надання адвокатських послуг.

У цій роботі проаналізовані українські законодавчі акти з питань реклами, підзаконні нормативно-правові акти Уряду та етичні норми, які вироблені органами адвокатського самоврядування. Висвітлено, яке саме законодавче визначення дається терміну «реклама». Однак у законодавстві відсутнє закріплення такого поняття, як реклама адвокатської діяльності, що стало мотивом сформулювати власну дефініцію цього різновиду реклами. Також приділено увагу класифікації залежно від об'єкта рекламування, характеру представлення та способів поширення реклами адвокатської діяльності. Сформовано єдиний блок критеріїв щодо прийнятності реклами з урахуванням тих обмежень і заборон, що містяться в Законі України «Про рекламу» та Правилах адвокатської етики.

Для забезпечення урахування представлених критеріїв у рекламі адвокатської діяльності та збільшення контролю органів адвокатського самоврядування над рекламною інформацією щодо конкретного адвоката запропоновано концепцію адвокатської бази даних із включенням усіх зареєстрованих діючих адвокатів України, що має широкий функціонал та є зручним для пересічних користувачів.

Ключові слова: реклама, реклама адвокатської діяльності, адвокатські послуги, адвокатська діяльність, етичні норми, деонтологічні принципи.

The article is devoted to the problem of consolidating and regulating the advertising of advocacy in Ukraine. This topic is relevant, because in today's world the market for services has grown and modified significantly, some have receded into the background, and some are very popular, because it is demand that generates supply. Advocacy and the provision of legal services were no exception.

In the field of legal services, there is strong rivalry and, consequently, "competition" for clients. Advertising will help to attract attention, attract with its services and not get lost in the endless flow of information. Advertising is designed to create success, and the information available in it serves as an objective reflection of the professional knowledge and skills of an advocate. The purpose of this article is to explore advertising in the field of providing advocacy services.

The article analyzes the Ukrainian legislation on advertising, bylaws of the Government and ethical standards developed by the bar self-government. It is clarified what legislative definition is given to the term "advertising". However, there is no enshrinement in the legislation of such a concept as advertising of advocate's activity, which became the motive to formulate its own definition of this type of advertising. Attention is also paid to the classification depending on the object of advertising, the nature of the presentation and methods of dissemination of advertising advocacy. A single block of criteria for the acceptability of advertising was formed, taking into account the restrictions and prohibitions contained in the Law of Ukraine "On Advertising" and the Rules of Advocate's ethics.

To ensure that the presented criteria for advocacy are taken into account, and to increase the control of advocacy self-government bodies over advertising information about a particular lawyer, the concept of a lawyer database was proposed, including all registered, current lawyers in Ukraine, which has wide functionality and is convenient for ordinary users.

Key words: advertising, advertising advocate's activity, advocate services, advocate's activity, ethical standards, deontological principles.

Постановка проблеми. Такий різновид реклами, як реклама адвокатської діяльності, є досить поширеним явищем, проте недостатньо врегульованим на законодавчому рівні. Способи розповсюдження цієї реклами, заборони і обмеження наявні лише в загальному, неструктурованому вигляді. Над рекламою адвокатських послуг здійснюється лише громадський контроль. Аби сприяти контролюваності процесу рекламування адвокатської діяльності, необхідно розробити концепт спільної адвокатської бази даних для вибору клієнтом адвоката, що зміг би допомогти йому у конкретній ситуації, можливо, саме на основі Єдиного реєстру адвокатів України.

Результати аналізу наукових публікацій. У своїх роботах висвітлювали тему рекламної діяльності адвоката такі дослідники, як А.М. Бірюкова [1], О.О. Храпенко [9], І.П. Костін [5], О.Ю. Польський [6], К.В. Зозуля [3], Т.Б. Вільчик [2], О.М. Скрябін [4], І.Ю. Копелев [4] та інші.

Метою статті є аналіз вітчизняного законодавства з питань реклами адвокатської діяльності, визначення поняття «реклама адвокатської діяльності», її різновидів та способів поширення, формування єдиного блоку вимог і заборон для такої реклами та представлення концепту адвокатської бази з можливістю індивідуального вибору належного професіонала-адвоката.

Виклад основного матеріалу. Доречно навести думку О.А. Феофанова: «Рекламу можна визначити як комплекс психологічних заходів дії на свідомість потенційних споживачів з метою активного просування на ринок об'єктів реклами, будь то товар, послуга або політичний діяч, а також із метою створення позитивного іміджу фірми, організації й окремим інститутам суспільства. Реклама виконує психологічні функції: інформує, переконує, вселяє, нагадує» [4, с. 267].

У абз. 12 ст. 1 Закону України «Про рекламу» наведено визначення терміна «реклама»: «Реклама – це інформа-

ція про особу чи товар, розповсюджена в будь-якій формі та в будь-який спосіб і призначена сформулювати або підтримати обізнаність споживачів реклами та їхній інтерес щодо таких особи чи товару» [8].

У Законі України «Про рекламу» також розкриті такі поняття, як політична, соціальна, фінансова реклама, реклама цінних паперів та фондового ринку, але відсутнє визначення юридичної чи, зокрема, реклами адвокатської діяльності. У контексті цього питання не можна не погодитись із думкою А.М. Бірюкової про те, що «адвокатська діяльність має оплачуваний характер, є джерелом існування адвоката, і було б лицемірством стверджувати, що адвокати, надаючи правову допомогу клієнту, керуються лише альтруїстичними міркуваннями. Цілком зрозумілими у сучасному світі є прагнення адвоката розширити клієнтську базу чи отримати вигідне з фінансової точки зору доручення» [1, с. 202].

Оскільки Закон не дає визначення дефініції «реклама адвокатської діяльності», є доцільним самостійно дати їй визначення.

Реклама адвокатської діяльності – це текстуальне, тактильне, візуальне або звукове представлення інформації про адвоката, адвокатське бюро чи об'єднання з метою зацікавлення та залучення до співпраці потенційного клієнта. Ця інформація не має містити оцінки та критики інших адвокатів (антирекламу), гарантій, що саме з цим адвокатом, беззаперечно, клієнта чекає перемога у справі, що може створити у нього безпідставні надії. Зміст і форма реклами, способи її розповсюдження мають відповідати вимогам законодавства з питань реклами та положенням адвокатської етики.

Реклама адвокатської діяльності є багатограним явищем, і, звісно, можна виділити чимало її різновидів. Відповідно до класифікації реклама адвокатської діяльності може бути різною.

Залежно від об'єкта рекламування:

- товарна реклама, яка містить матеріали, що рекламують конкретні послуги, інформуючи споживача про їхні особливості та переваги, підштовхуючи потенційного покупця до активного споживання представлених послуг. Цей вид реклами використовується адвокатом, який працює індивідуально;

- престижна, або фірмова, реклама, що являє собою комплекс рекламних заходів, покликаних сформувати гарний імідж та високу ділову репутацію серед громадськості та інших організацій, ділових партнерів, споживачів. Це підприємницька реклама, яка може застосовуватись адвокатським бюро чи об'єднанням [9].

За характером представлення:

- безпосередня, або пряма, реклама – це комерційна реклама, що містить вказівку на рекламодавця. Є одним із основних видів реклами, що виконує головну її функцію – представити інформацію про послугу без будь-якого завуалювання;

- непрямая реклама, що за своєю природою є менш прямолінійною, вона в прихованій формі рекламує послугу, не вказуючи на безпосереднього рекламодавця, не використовує прямі канали розповсюдження рекламних матеріалів [9].

Також слід дослідити, яким саме чином адвокат може розповсюджувати рекламу своєї діяльності.

За способами поширення реклами адвокатської діяльності можна виділити такі категорії, як:

- зовнішня реклама: інформаційні рекламні щити, білборди (ст. 16 Закону України «Про рекламу» [8]);

- внутрішня реклама: реклама на стендах у приміщеннях, в супермаркетах, ліфтах, на бек-лайтах вокзалу тощо (ст. 17 Закону України «Про рекламу» [8]);

- реклама послуг адвоката на транспорті (ст. 18 Закону України «Про рекламу» [8]);

- реклама у періодичних виданнях, довідниках, інформаційних бюлетенях, інших друкованих виданнях (ст. 14 Закону України «Про рекламу» [8]);

- візитна картка адвоката;
- семінари та конференції;
- реклама в мережі Інтернет: персональний сайт юридичної компанії або адвоката, реклама в соціальних мережах (Розділ VIII Правил адвокатської етики від 09.06.2017 [7]);

- репутація: так зване «сарафанне радіо».

Щодо нормативного закріплення приписів про рекламу центральним законодавчим актом у врегулюванні сфери реклами є Закон України «Про рекламу». Дотичними до цього питання є також закони України:

- «Про захист прав споживачів»,
- «Про друковані засоби масової інформації (пресу) в Україні»,
- «Про телебачення та радіомовлення»,
- «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг»,
- «Про забезпечення функціонування української мови як державної»,
- «Про захист від недобросовісної конкуренції»,
- «Про захист суспільної моралі».

Підзаконні нормативно-правові акти Уряду з питань реклами:

- «Порядок накладення штрафів за порушення законодавства про рекламу»,
- «Типові правила розміщення зовнішньої реклами та інші».

Спеціальним актом, що регулює саме адвокатську діяльність і містить положення про рекламу адвоката, є Правила адвокатської етики від 09.06.2017 (далі-ПАЕ) [7].

На думку, О.О. Храпенко, «адвокатська професія потребує не тільки законодавчого, а й етичного врегулювання. Етика унормовує можливу поведінку адвоката. Але ще досі є певні прогалини у Правилах адвокатської етики, які необхідно заповнити новими нормами» [10, с. 55].

Погоджуючись із наведеною думкою, що як в ПАЕ, так і Законі України «Про рекламу» відсутній єдиний перелік критеріїв, що має пройти реклама для її розповсюдження, на базисі цих актів слід сформулювати такий спільний блок вимог та заборон до реклами адвокатської діяльності:

Реклама адвокатської діяльності має:

- бути достовірною, точною, об'єктивною і зрозумілою;

- відповідати вимогам естетики;
- враховувати ключові принципи реклами: законність, точність, використання форм та засобів, які не завдають споживачеві реклами шкоди;

- незалежно від форм чи способів розповсюдження має бути чітко відокремленою від іншої інформації для того, щоб її можна було ототожнювати як рекламу;
- у разі використанні засобу порівняння відповідати правилам, передбаченим статтею 11 Закону України «Про рекламу» [8];

- відповідати принципам добросовісної конкуренції;
- враховувати технічні стандарти та дозволи для реклами, вибраної за відповідною категорією, залежності від способу розміщення реклами.

Реклама адвокатської діяльності не повинна:

- вводити потенційних клієнтів в оману;
- підривати довіру суспільства до реклами;
- містити будь-які відомості чи зображення, що можуть порушити моральні, гуманістичні та/або етичні норми, а також ігнорують правила пристойності.

У рекламі адвокатської діяльності забороняється:

- розміщувати інформацію у способи, які дискредитують інститут адвокатури, зневажують або принижують статус та професію адвоката України;
- використовувати приховану, недобросовісну рекламу;
- поширювати інформацію, яка є дискримінаційною за ознаками походження людини, її соціального і май-

нового стану, расової та національної належності, статі, освіти, політичних поглядів, ставлення до релігії тощо;

- розміщувати заклики до дій, які можуть спричинити порушення законодавства, спричиняють чи можуть спричинити шкоду здоров'ю або життю людей та/чи довкіллю, а також схилиають до нехтування засобами безпеки;

- використання або імітування зображень символів державності України, звучання Державного Гімну України, зображень державних символів інших держав та міжнародних організацій, а також офіційних назв державних органів, органів місцевого самоврядування, крім випадків, передбачених законами України у сфері інтелектуальної власності;

- використовувати фотографії фізичної особи або підписувати її ім'ям без письмової згоди цієї особи;

- застосовувати елементи насильства, цинізму, жорстокості, порнографії, приниження людської честі та гідності [8].

На мою думку, щоб забезпечити урахування вищеведених критеріїв для реклами адвокатської діяльності та встановити контроль органів адвокатського самоврядування над рекламною інформацією щодо конкретного адвоката, необхідно розробити адвокатську базу даних із включенням усіх зареєстрованих діючих адвокатів України, проте функціонал такої бази має бути ширшим за Єдиний реєстр адвокатів України.

По-перше, інтерфейс цієї програми має бути максимально зручним для пересічного користувача, з можливими підказками та навчальним відео, як саме працювати у цій базі даних.

По-друге, сам концепт та цільове призначення спрямовані на те, щоб потенційний клієнт, який потребує правової допомоги, шляхом використання фільтрів зміг би віднайти потрібного саме йому адвоката.

Ці фільтри ми презентуємо в такому вигляді:

- За ППП;
- За номером адвокатського свідоцтва;

- За формою здійснення адвокатської діяльності: індивідуально, бюро, об'єднання;

- За статтю.

- За територією: область/населений пункт/район/вулиця;

- За категорією справ;

- За ціною послуг;

- За роками досвіду в юридичній сфері.

Після вибору потрібних фільтрів перед користувачем має з'явитися список усіх адвокатів за цими параметрами, і, клікнувши на профіль вподобаного адвоката, можна перейти на його сторінку, де міститься відомості за критеріями фільтрів, а також інформація про професійні знання, навички, освіту адвоката, його соціальні мережі, графік роботи, адресу офісу та позитивні/негативні відгуки від клієнтів цього адвоката, а також, наприклад, оцінки від 1 до 5 зірок (де 1 – не задоволений адвокатом, а 5 – повністю задоволений, рекомендую).

По-третє, було б доречно установити в цій базі даних функцію з пошуку найближчих за місцезнаходженням офісів адвокатів на основі геолокації користувача, з виходом до гугл-карти та прокладенням маршруту до місця призначення.

Висновки. Реклама адвокатської діяльності є полем для креативних ідей та інновацій, втілення яких, звісно, потребує чіткого та скрупульозного дотримання законодавчих вимог та положень адвокатської етики. Нині законодавство з окресленої тематики потребує модернізації, оскільки роздрібненість нормативних вимог із питань реклами адвокатської діяльності створює складнощі у процесі рекламування адвокатських послуг.

Застосовуючи сучасні надбання та технології віртуального простору, є реальна можливість розробити зручну для клієнта платформу з множинним функціоналом. Така концепція є новою і потребує кропіткої роботи над її розробленням, поява такої бази даних стала би значущою подією у сфері надання адвокатських послуг.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бірюкова А.М. Реклама адвокатської діяльності як прояв процесу глобалізації. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 8. С. 202–207.
2. Вільчик Т.Б. Деонтологічні засади діяльності адвокатів: міжнародні стандарти та Вітчизняне законодавство. *Вісник Одеської адвокатури. Спеціальний випуск: Адвокатська етика*. 2019. С.26–29.
3. Зозуля К.В. Реклама адвокатської діяльності в Україні та країнах Європи. *International Electronic Scientific Journal «Science Online»*. URL: <https:// nauka-online.com/wp-content/uploads/2019/01/Zozulya.pdf> (дата звернення 28.03.21).
4. Копєлев І.Ю., Скрябін О.М. Юридико-психологічні аспекти рекламної діяльності адвоката. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 266–271.
5. Костін І. П. Реклама адвокатської діяльності. Думка адвоката: URL: <http://blog.liga.net/user/kostin/article/2816.aspx> (дата звернення 28.03.21).
6. Польський О. Ю. Правові засади рекламування адвокатської діяльності. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2016. № 2. С. 113–122.
7. Правила адвокатської етики: Правила від 09 червня 2017 року. Київ, 2017. 34 с. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/legislation/pravila/2017-06-09-pravila-2017_596f00dda53cd.pdf (дата звернення 28.03.21).
8. Про рекламу: Закон України № 270/96-ВР від 03.07.96. URL: <https:// zakon.rada.gov.ua/laws/show/270/96-%D0%B2%D1%80#Text> (дата звернення 28.03.21).
9. Романенкова О.Н. Маркетингові комунікації. Види реклами. URL: https://stud.com.ua/67179/marketing/vidi_reklami (дата звернення 30.03.21).
10. Храпенко О.О. Дотримання адвокатами правил адвокатської етики на телебаченні та в мережі інтернет. *Вісник Одеської адвокатури. Спеціальний випуск: Адвокатська етика*. 2019. С. 53–55.

ПРАВОВА ПРИРОДА ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ДЕРЖАВНИХ СЛУЖБОВЦІВ

LEGAL NATURE OF DISCIPLINARY RESPONSIBILITY OF CIVIL SERVANTS

Ковтун М.С., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри адміністративного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Крамінська Д.М., студентка II курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Головащенко Д.С., студентка II курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена правовій природі та сутнісним ознакам дисциплінарної відповідальності державних службовців. Відзначається, що проблема визначення галузевої приналежності дисциплінарної відповідальності державних службовців похідна від визначення галузевої приналежності правового інституту державної служби. З огляду на це, на основі аналізу різних поглядів на вказане питання автором констатується, що представники адміністративно-правової науки традиційно сукупність правових норм, що регулюють державно-службові відносини, розглядають як складову частину адміністративного права.

Водночас наголошується, що існуюча модель дисциплінарної відповідальності у державній службі відчуває сильний вплив трудового права з притаманною йому диспозитивністю, що суперечить адміністративно-правовій природі цього виду юридичної відповідальності та загалом адміністративно-правової концепції побудови службового законодавства.

Однак підкреслено, що, незважаючи на зовнішню схожість, загальна дисциплінарна відповідальність працівників і спеціальна дисциплінарна відповідальність державних службовців мають серйозні відмінності, які дозволяють зробити висновок про публічний характер дисциплінарної відповідальності державних службовців і наявність підстав для диференціації дисциплінарної відповідальності залежно від підходу до правового регулювання на: 1) службово-дисциплінарну відповідальність (дисциплінарну відповідальність державних службовців); 2) дисциплінарну відповідальність працівників. Особливість такої диференціації пов'язана насамперед із колом осіб, на яких вона поширюється, джерелами її правового регулювання, більш широким поняттям дисциплінарного проступку, цільовим і функціональним призначенням відповідальності, сутністю і змістом правовідносин, у межах яких державні службовці притягаються до відповідальності, видами дисциплінарних стягнень та порядком їх застосування.

У підсумку зазначено, що на основі аналізу правової природи і сутнісних ознак дисциплінарну відповідальність державних службовців можна визначити як вид юридичної відповідальності державних службовців, що має адміністративно-правову природу та є різновидом заходів дисциплінарного примусу, що застосовуються в системі державно-службових правовідносин, пов'язаний з накладенням дисциплінарних стягнень уповноваженою на те посадовою особою за невиконання або неналежне виконання державним службовцем покладених на нього службових обов'язків.

Ключові слова: дисциплінарна відповідальність, правова природа, державна служба, дисциплінарний проступок.

The author analyzes the legal nature and essential features of disciplinary liability of civil servants.

In particular, it is noted that the problem of determining the sectoral affiliation of the disciplinary responsibility of civil servants is derived from the definition of the sectoral affiliation of the legal institution of civil service. In view of this, based on the analysis of different points of view on this issue, the author states that representatives of administrative law traditionally consider a set of legal norms governing civil service relations, as part of administrative law.

At the same time, it is emphasized that the current model of disciplinary responsibility in the civil service is strongly influenced by labor law with its inherent dispositiveness, which contradicts the administrative-legal nature of this type of legal responsibility and the general administrative-legal concept of service law.

However, the author emphasizes that despite the external similarities, the general disciplinary responsibility of employees and the special disciplinary responsibility of civil servants have serious differences, which allow us to conclude about the public nature of disciplinary responsibility of civil servants and, accordingly, the grounds for differentiating disciplinary responsibility depending on the approach. to legal regulation on: 1) service-disciplinary responsibility (disciplinary responsibility of civil servants); 2) disciplinary liability of employees. The peculiarity of such differentiation is primarily related to the range of persons to whom it applies, the sources of its legal regulation, the broader concept of disciplinary misconduct, the purpose and functional purpose of responsibility, the nature and content of legal relations in which civil servants are prosecuted, types disciplinary sanctions and the procedure for their application.

As a result, the author noted that based on the analysis of the legal nature and essential features, disciplinary liability of civil servants can be defined as a type of legal liability of civil servants, which has administrative and legal nature and is a kind of disciplinary coercion applied in civil service. associated with the imposition of disciplinary sanctions by an authorized official for non-performance or improper performance by a civil servant of his duties.

Key words: disciplinary responsibility, legal nature, Public Service, disciplinary offenses.

Постановка проблеми. Одним із ключових напрямів удосконалення системи державного управління в Україні є розвиток системи державної служби, у зв'язку з чим останнім часом гостро постає проблема низької ефективності діяльності державного апарату, зростання правопорушень і високого рівня корупції в цій сфері.

З огляду на це, сучасна правова держава зацікавлена в підвищенні престижу державної служби як виду професійної діяльності, що користується громадською довірою,

та в удосконаленні її антикорупційних механізмів. Так, одним із заходів, спрямованих на вдосконалення державного управління, є розвиток інституту дисциплінарної відповідальності, що реалізується в системі державно-службових правовідносин.

Водночас значення цього виду юридичної відповідальності для держави, суспільства та окремих службових осіб важко переоцінити, оскільки за допомогою дисциплінарної відповідальності можуть бути вирішені деякі

проблеми забезпечення функціонування ефективної системи державного управління, створення адміністративно-правових засобів попередження та припинення корупції в системі державної служби і забезпечено захист прав і законних інтересів державних службовців.

Так, можна констатувати, що дисциплінарна відповідальність є самостійним видом юридичної відповідальності, який, виходячи з частоти застосування і потенційних можливостей, традиційно займає домінуюче становище в системі державної та муніципальної служби. З огляду на це, юридична природа дисциплінарної відповідальності державних службовців раніше неодноразово виступала об'єктом наукових досліджень.

Аналіз досліджень і публікацій. Дисциплінарна відповідальність державного службовця є особливим правовим інститутом державної служби. Це пов'язано з тим, що, на відміну від інших інститутів відповідальності (адміністративної, цивільно-правової, кримінальної), він регулюється нормами не тільки адміністративного, але й трудового права. Ця обставина зумовила існування різних поглядів стосовно належності інституту дисциплінарної відповідальності державних службовців з позиції різних галузей права, які піддавалися дослідженню в різні часи такими вченими, як В.Б. Авер'янов, Ю.П. Битяк, Л.Р. Біла-Тіунова, Д.М. Бахрах, І.Л. Бачило, Н.М. Вапнярчук, І.П. Голосніченко, Є.В. Додін, С.Д. Дубенко, В.В. Зуй, І.О. Каргузова, С.В. Ківалов, І.Б. Коліушко, В.М. Корельський, Л.М. Корнута, В.К. Малиновський, О.Д. Новак, О.Д. Оболенський, І.М. Пахомов, А.А. Сергієнок, Ю.М. Старілов, В.В. Цветков, В.К. Шкарупа, В.В. Щербак, Х.П. Ярмачі та ін.

Тому метою цієї роботи є аналіз та з'ясування основних підходів до розуміння природи дисциплінарної відповідальності державних службовців.

Виклад основного матеріалу. Дисциплінарна відповідальність була предметом дослідження багатьох учених у галузі трудового права, і кожен із них наводив її поняття. Систематизуючи думки науковців, можна стверджувати, що А.А. Абрамова [1, с. 134] та Г.І. Угрюмова [2, с. 79] визначали дисциплінарну відповідальність як окремий вид юридичної відповідальності. А.С. Барабаш [3, с. 194], Д.М. Бахрах [4, с. 41], В.І. Никитинський [5, с. 5], Л.О. Сироватська [6, с. 135] та В.В.Форманюк [7, с. 195] розуміють дисциплінарну відповідальність як міру впливу, що застосовується до особи за вчинення дисциплінарного проступку. Н.Б. Болотіна [8], К.В. Коваленко [9, с. 235] визначають дисциплінарну відповідальність як обов'язок працівника зазнати несприятливих наслідків за скоєння дисциплінарного порушення.

Питанням визначення поняття «дисциплінарна відповідальність» займалися також учені-адміністративісти. Науковці прагнули виокремити особливості відповідальності державних службовців та розглядали дисциплінарну відповідальність як інститут адміністративного права.

Вивчаючи підходи учених-адміністративістів щодо визначення дисциплінарної відповідальності державних службовців, можна класифікувати їх залежно від підстав визначення. Так, І.Л. Бородин [10, с. 94], як і науковці в галузі трудового права, розглядає дисциплінарну відповідальність як вид юридичної відповідальності. Як правовий інститут дисциплінарну відповідальність аналізують Л.Р. Біла-Тіунова [11, с. 277–278], Н.М. Вапнярчук [8, с. 101] та С.В. Ківалов [11, с. 277–278]. В.В. Зуй [12, с. 197], О.Ю. Оболенський [13, с. 267–268] та Д.М. Овсянко [14, с. 173] визначають дисциплінарну відповідальність державних службовців через застосування заходів впливу за порушення правил державної служби.

І.О. Каргузова розуміє дисциплінарну відповідальність державних службовців як зазнавання державним службовцем позбавлень та обмежень особистого чи майнового характеру за здійснення дисциплінарного проступку або іншого порушення, за яке, згідно із законом,

передбачається застосування заходів дисциплінарної відповідальності уповноваженими на те суб'єктами [15, с. 9].

Тож, як бачимо, дисциплінарна відповідальність державних службовців – це застосування до державних службовців негативних заходів впливу особистого чи майнового характеру за невиконання або неналежне виконання покладених на них обов'язків або вчинення інших дисциплінарних проступків, що здійснюється уповноваженим суб'єктом згідно із законодавчими нормами.

Проте, аналізуючи сучасний етап розвитку дисциплінарної відповідальності державних службовців, необхідно зазначити, що й досі підходи до розуміння правової сутності дисциплінарної відповідальності суттєво не змінилися. Так, нині й далі продовжує існувати проблема відсутності єдиного підходу до вирішення галузевої належності дисциплінарної відповідальності державних службовців.

Як ми вже зазначали, головний чинник проблеми розуміння дисциплінарної відповідальності – це регулювання такої відповідальності одночасно нормами трудового [16] та нормами адміністративного законодавства, що містяться у Законі України «Про державну службу» [17]. Тобто фактично йдеться про певну конкуренцію норм чинного законодавства (адміністративного та трудового права) стосовно притягнення державних службовців до дисциплінарної відповідальності.

З огляду на це, в юридичній науці існують різні думки та виникають дискусії з цього приводу. Тому на ґрунті різних думок науковців про галузеву належність дисциплінарної відповідальності державних службовців склалися дві доктринальні позиції.

Перша обґрунтовується вченими в галузі трудового права (Н.Б. Болотіна, Г.І. Чанишева, М.І. Іншин). Її суть полягає в тому, що відносини державних службовців, які виникають у зв'язку з призначенням на державну службу, її проходженням і припиненням, – не що інше, як трудові правовідносини.

Прихильники зазначеної теорії наголошують на подвійному галузевому статусі державних службовців. Так, з одного боку, перебуваючи на державній службі, вони виступають як звичайні громадяни, які перебувають у трудових відносинах (виконують трудову функцію за винагороду). З іншого – діють як представники державної влади та відповідно до цього приймають рішення, що мають владний характер.

Зазначеної позиції правового регламентування дисциплінарної відповідальності державних службовців дотримуються й деякі вчені-адміністративісти (зокрема, В.М. Манохін та О.П. Коренев). На їхню думку, діяльність держслужбовців упорядковується нормами адміністративного права, але тільки у процесі виконання ними владноорганізуючих функцій. Відносини службовця з органом щодо його праці (нормування, оплати тощо) не належать до управління, а тому врегульовуються нормами трудового права.

Таким чином, представники першої групи вчених вважають, що «перетягування» адміністративістами дисциплінарної відповідальності держслужбовців пов'язане із виокремленням певних видів дисциплінарної відповідальності – загальної та спеціальної. На цій підставі вони переконані, що загальна дисциплінарна відповідальність – це трудове право, а спеціальна – адміністративне право. Так, стверджується, що дисциплінарна відповідальність у межах трудового та адміністративного права має серйозні відмінності, наявність яких дає підставу для диференціації дисциплінарної відповідальності за суб'єктивним складом та виокремлення двох окремих видів дисциплінарної відповідальності – загальної (трудової) та спеціальної (адміністративної) [18, с. 92].

Друга позиція стосовно правового регулювання відносин із дисциплінарної відповідальності державних службовців підтримана серед більшості представників науки

адміністративного права (Ю.П. Битяк, В.В. Зуй, Л. Р. Біла-Тіунова, І.О. Картузова та ін.).

В основу їхньої позиції покладено ідеї розмежування сфер застосування принципів та норм публічного і приватного права, що реалізується шляхом регламентації всіх питань вступу, проходження та припинення державної служби (у тому числі дисциплінарної відповідальності) адміністративно-правовими нормами. Для аргументації такого підходу вчені-адміністративісти намагаються виокремити особливості дисциплінарної відповідальності держслужбовців та на їх основі довести, що вона є інститутом адміністративного права.

Так, С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова та Л.М. Корнута [19, с. 98] вважають, що державно-службові відносини мають спеціального суб'єкта і виступають саме як адміністративні правовідносини, відносини влади і підпорядкування держслужбовців виключно державні, тож виникають публічно-правові відносини, що регулюються (у тому числі й дисциплінарна відповідальність) адміністративним правом. Представники вказаної наукової позиції наголошують на доцільності звільнення інституту державної служби (зокрема, дисциплінарної відповідальності держслужбовців) від дії норм трудового права навіть за умови, що цей інститут включатиме до механізму правового регулювання деякі норми, аналогічні трудовим за формальним змістом.

Ми повністю підтримуємо вказану позицію та вважаємо, що на її підтвердження варто також зазначити, що, незважаючи на зовнішню схожість, а також тотожність багатьох понять та інститутів, можна виділити серйозні відмінності спеціальної дисциплінарної відповідальності державних службовців від загальної дисциплінарної відповідальності працівників, що зумовлено насамперед їх різним цільовим призначенням. Ці відмінності можуть бути виявлені на основі аналізу таких специфічних ознак:

1. Суб'єкти відповідальності. Суб'єкт дисциплінарної відповідальності за нормами трудового права – працівник, відносини якого з роботодавцем регулюються трудовим законодавством. Суб'єктом дисциплінарної відповідальності у службовому праві є головний суб'єкт службового права – державний службовець, який має особливий публічно-правовий статус.

2. Джерела правового регулювання. З одного боку, питання дисциплінарної відповідальності регламентовані нормами Кодексу законів про працю України [16], норми якого сприяють реалізації конституційного права громадян на працю. З іншого боку, дисциплінарна відповідальність отримала велику адміністративно-правову регламентацію, забезпечуючи конституційне право громадян на участь в управлінні державою.

3. Особливості підстав застосування. За нормами трудового права дисциплінарний проступок полягає в посяганні на інтерес роботодавця, який має приватно-правовий характер і пов'язаний із наймом кваліфікованого і дисциплінованого працівника, і визначається як невиконання або неналежне виконання працівником із його вини покладених на нього трудових обов'язків, підпорядкування правилам поведінки тощо. За нормами ж службового законодавства дисциплінарним проступком державного службовця є правопорушення, що являє собою протиправну винну дію або бездіяльність чи прийняття рішення, що полягає у невиконанні або неналежному виконанні державним службовцем своїх посадових обов'язків та інших вимог, встановлених цим Законом та іншими нормативно-правовими актами.

4. Цільове і функціональне призначення. На відміну від загальної дисциплінарної відповідальності працівників за трудовим законодавством, що має на меті забезпечення дисципліни праці, попередження та припинення порушень трудового законодавства, дисциплінарна відпо-

відальність у системі державно-службових правовідносин є засобом забезпечення законності і службової дисципліни в апараті державних органів [8, с. 103]. З огляду на це, вважаємо, що основна мета дисциплінарної відповідальності державних службовців полягає у превенції дисциплінарних проступків як у системі державної служби загалом (загальна превенція), так і в конкретному державному органі (приватна превенція).

5. Види форм впливу. Дисциплінарна відповідальність застосовується у формі дисциплінарного стягнення. При цьому система дисциплінарних стягнень у службовому праві досить розроблена і розрізняється для різних видів державних службовців. Так, під час зіставлення положень службового законодавства і Кодексу законів про працю України [16] стає очевидним, що, незважаючи на те, що окремі дисциплінарні стягнення в них збігаються, до державних службовців може бути застосовано специфічне стягнення – попередження про неповну посадову відповідність [17]. Ще більшою специфікою володіють дисциплінарні стягнення, що накладаються на військовослужбовців і службовців, пов'язаних із правоохоронною діяльністю.

6. Порядок застосування стягнень. Загалом порядок притягнення до дисциплінарної відповідальності державних службовців аналогічний загальному порядку за нормами трудового права. Особливістю дисциплінарної відповідальності в системі державно-службових правовідносин є те, що перед накладенням на державних службовців стягнень законодавство здебільшого вимагає порушення дисциплінарного провадження.

Висновки і пропозиції. З огляду на зазначене, вважаємо, що на основі аналізу правової природи і сутнісних ознак дисциплінарну відповідальність державних службовців можна визначити як вид юридичної відповідальності державних службовців, що має адміністративно-правову природу та є різновидом заходів дисциплінарного примусу, що застосовуються в системі державно-службових правовідносин, пов'язаний із накладенням дисциплінарних стягнень уповноваженою на те посадовою особою за невиконання або неналежне виконання державним службовцем покладених на нього службових обов'язків.

Важливо відзначити, що інститут дисциплінарної відповідальності державних службовців як правове явище являє собою результат взаємодії матеріальних і процесуальних норм, матеріальних і процесуальних правовідносин дисциплінарної відповідальності на державній службі, що, однак, не перешкоджає тому, щоб дисциплінарне провадження на державній службі розглядати як самостійний адміністративно-процесуальний інститут, який є складовою частиною адміністративного процесу. Також і сукупність матеріальних норм, що регулюють коло суб'єктів дисциплінарної відповідальності, принципи, функції, систему підстав дисциплінарної відповідальності державних службовців, види дисциплінарних проступків, систему дисциплінарних стягнень у службовому праві, є самостійним матеріально-правовим інститутом адміністративного права.

Водночас хочемо зауважити, що розміщення правових норм про дисциплінарну відповідальність державних службовців одночасно в декількох нормативно-правових актах є, на нашу думку, неефективним, оскільки не повністю враховує потреби розвитку і реформування інституту державної служби та особливості правового статусу державних службовців.

Тому вважаємо, що необхідно виходити із твердження, що державні службовці по суті є працівниками з особливостями правового статусу. З огляду на це вважаємо, що інститут дисциплінарної відповідальності державних службовців має бути кодифікованим й урегульованим в окремому нормативно-правовому акті.

ЛІТЕРАТУРА

1. Абрамова А.А. Дисциплина труда в СССР. М. : Юридическая литература, 1969. 176 с.
2. Урюмова Г.І. Загальна характеристика дисциплінарної відповідальності і дисциплінарного проступку за українським трудовим правом. *Право України*. 2005. № 5. С. 78–81.
3. Барабаш А.С. Общая теория права. К. : Наукова думка, 2002. 246 с.
4. Бахрах Д.Н. Особенности дисциплинарной ответственности как вида юридической ответственности. *Современное право*. 2008. № 10. С. 40–41.
5. Никитинский В.И. Ответственность рабочих и служащих за нарушение трудовой дисциплины по советскому трудовому праву : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук; Всесоюзный ин-т юрид. наук МЮ СССР. М., 1955. 14 с.
6. Сыроватская Л.А. Трудовое право : учебник для вузов. М. : Высшая школа, 1995. 254 с.
7. Форманюк В.В. Дисциплінарна відповідальність: теоретичний аналіз. *Актуальні проблеми політики*. 2010. Вип. 40. С. 191–195.
8. Валнярчук Н. М. Актуальні питання дисциплінарної відповідальності державних службовців в Україні. *Форум права*. 2009. № 3. С. 100-104.
9. Коваленко К.В. Загальна та спеціальна дисциплінарна відповідальність. *Форум права*. 2008. № 2. С. 231–236.
10. Бородін І.Л. Дисциплінарна відповідальність та дисциплінарне провадження. *Право України*. 2006. № 12. С. 93–97.
11. Ківалов С. В. Публічна служба в Україні : підручник. : Фенікс, 2009. 688 с.
12. Адміністративне право України : підручник / Ю.П. Битяк, В.М. Гаращук, О. В. Дяченко, В. В. Зуй та ін.; за ред. Ю. П. Битяка. К. : Юрінком Інтер, 2006. 544 с.
13. Оболенський О.Ю. Державна служба : підручник. К. : КНЕУ, 2006. 472 с.
14. Овсянко Д.М. Государственная служба Российской Федерации : учеб. пособие для студ.юрид. фак-тов и ин-тов / отв. ред. Г.А. Туманов. М. : Юрист, 1996. 208 с.
15. Картузова І.О. Дисциплінарна відповідальність державних службовців : автореф. дис. .канд. юрид. наук : спец. 12.00.07 «Теорія управління; адміністративне право і процес; фінансове право; банківське право»; Одеська держ. юрид. академія. О., 1999. 18 с.
16. Кодекс законів про працю України: Закон України від 10.12.1971 р. № 322-VIII. *Відомості Верховної Ради України*. 1971. №50. Ст. 375.
17. Про державну службу: Закон України № 889-VIII від 10.12.2015 року. *Відомості Верховної Ради*. 2016. № 4. ст. 43.
18. Добробаба М.Б. Отраслевая принадлежность дисциплинарной ответственности государственных служащих Российской Федерации. *Современное право*. 2008. № 4. С. 90–94.
19. Адміністративна відповідальність державного службовця в Україні: питання теорії і правового регулювання : монографія / С.В. Ківалов, Л.Р. Біла-Тіунова, Л. М. Корнута. Одеса: Фенікс, 2013. 274 с.

СУБ'ЄКТИ ПРОФІЛАКТИКИ ПРАВОПОРУШЕНЬ У ФІНАНСОВІЙ СФЕРІ ЗАСОБАМИ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВА

SUBJECTS OF OFFENSE PREVENTION IN THE FINANCIAL SPHERE BY MEANS OF ADMINISTRATIVE LAW

Комарницька І.І., к.ю.н.,
доцент кафедри цивільного права та процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Стаття присвячена науковому аналізу суб'єктів профілактики правопорушень у фінансовій сфері, диференціації цих суб'єктів залежно від специфіки основних сегментів фінансової сфери. Акцентовано, що система суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері сформована із фізичних, юридичних осіб, охоплює органи публічного управління, судової влади, органи, адміністрації установ, підприємств, відомств. Деталізовано повноваження суб'єктів профілактики правопорушень у бюджетній, податковій, митній, банківській сфері. Особлива увага присвячена характеристиці правового статусу основних органів публічного управління, що реалізують правоохоронний вплив на посадових осіб та окремих громадян задля нейтралізації негативних чинників, що зумовлюють деліктну поведінку особи у фінансовій сфері, попередження, припинення адміністративних правопорушень фінансового характеру. Наявність спеціальних повноважень щодо профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері як пріоритетних для органів влади робить цих суб'єктів спеціалізованими щодо профілактики цих адміністративних правопорушень. Відзначено, що, реалізуючи протидію правопорушенням у фінансовій сфері, органи публічного управління залучають як систему засобів фінансового права, так і винятково адміністративно-правові засоби. При цьому вони перебувають у такому нерозривному зв'язку, що використання їх поодиночі практично неможливе. Встановлено, що апробація адміністративно-правових засобів профілактики правопорушень у фінансовій сфері пов'язана з реалізацією субстанційних та діяльнісних правових явищ. За допомогою цих інструментів конкретні суб'єкти фінансових правовідносин досягають публічно-правової мети. Вони здатні позитивно впливати на правовідносини щодо створення, розподілу, перерозподілу і використання централізованих і децентралізованих грошових фондів, фінансових ресурсів та фінансових активів держави задля задоволення господарських потреб, реалізації публічно-правових послуг, гарантування здійснення державою її функцій.

Ключові слова: профілактика, правопорушення, фінансова сфера, засоби адміністративного права, правопорушення у податковій сфері, правопорушення в бюджетній сфері, митні правопорушення, правопорушення у банківській сфері.

The article is devoted to the scientific analysis of the subjects of crime prevention in the financial sphere, the differentiation of these subjects depending on the specifics of the main segments of the financial sphere. It is emphasized that the system of subjects of prevention of administrative offenses in the financial sphere is formed of individuals, legal entities, includes public administration bodies of the judiciary, bodies, administrations of institutions, enterprises, departments. The powers of the subjects of crime prevention in the budget, tax, customs and banking spheres are detailed. Particular attention is paid to characterizing the legal status of the main public administration bodies that exercise law enforcement influence on officials and individuals in order to neutralize the negative factors that cause delinquent behavior in the financial sector, prevention, termination of administrative offenses of a financial nature. The existence of special powers for the prevention of administrative offenses in the financial sphere as a priority for the authorities makes these entities specialized in the prevention of these administrative offenses. It is noted that when implementing counteraction to offenses in the financial sphere, public administration bodies involve both the system of financial law and exclusively administrative and legal means. At the same time, they are so inextricably linked that it is almost impossible to use them alone. It is established that the approbation of administrative and legal means of crime prevention in the financial sphere is associated with the implementation of substantive and activity legal phenomena. With the help of these tools, specific subjects of financial relations achieve a public law goal. They can positively affect the legal relationship for the creation, distribution, redistribution and use of centralized and decentralized funds, financial resources and financial assets of the state to meet economic needs, the implementation of public services, ensuring the implementation of its functions.

Key words: prevention, offenses, financial sphere, means of administrative law, offenses in the tax sphere, offenses in the budget sphere, customs offenses, offenses in the banking sphere.

Втілення в життя системи адміністративно-правових засобів профілактики правопорушень у фінансовій сфері пов'язане з реалізацією субстанційних та діяльнісних правових явищ, за допомогою яких конкретні суб'єкти фінансових правовідносин досягають публічно-правової мети щодо реалізації профілактики деліктів, які досягають на правовідносини щодо створення, розподілу, перерозподілу і використання централізованих і децентралізованих грошових фондів, фінансових ресурсів та фінансових активів держави задля задоволення господарських потреб, реалізації публічно-правових послуг, гарантування здійснення державою її функцій.

Метою функціонування суб'єктів профілактики правопорушень у фінансовій сфері є правоохоронний вплив на посадових осіб та окремих громадян задля нейтралізації негативних чинників, що зумовлюють деліктну поведінку особи у фінансовій сфері, попередження, припинення фінансових проступків.

Система суб'єктів профілактики правопорушень у фінансовій сфері охоплює широке коло органів публічного управління, місцевого самоврядування та фізичних

і юридичних осіб, які самі виступають учасниками фінансових правовідносин.

Термін «суб'єкт» тлумачиться як особа або організація, що виконує функцію носія певних прав і обов'язків [1, с. 814].

При цьому специфікою суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері є наявність прав та обов'язків щодо здійснення контрольних, наглядових функцій, застосування заходів інформаційного характеру, адміністративно-примусових заходів із метою протидії фінансовим деліктам.

Система суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері сформована з фізичних, юридичних осіб, охоплює органи публічного управління і судової влади, органи, адміністрації установ, підприємств, відомств, тощо [2, с. 376].

До переліку суб'єктів профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері належать Міністерство фінансів України, Рахункова палата, Державна казначейська служба України, Державна служба фінансового моніторингу України, ОВС, фіскальні органи (органи ДПС),

податкова міліція, Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері ринків фінансових послуг, митні органи, Державна аудиторська служба, Національний банк, Пенсійний фонд України і Фонд соціального страхування України, Державна комісія з цінних паперів та фондового ринку, Державна служба фінансового моніторингу України, Національне антикорупційне бюро України, правоохоронні органи, їхні посадові особи, Уповноважений Верховної Ради України з прав людини, суди, громадські організації, громадяни.

Специфіка основних сегментів фінансової сфери дає змогу диференціювати цих суб'єктів на чотири групи: 1) суб'єкти профілактики правопорушень у бюджетній сфері; 2) суб'єкти профілактики правопорушень у податковій сфері; 3) суб'єкти профілактики правопорушень у митній сфері; 4) суб'єкти профілактики правопорушень у банківській сфері.

Реалізуючи протидію правопорушенням у бюджетній сфері, органи публічного управління залучають як систему засобів фінансового права, так і винятково адміністративно-правові засоби. При цьому вони перебувають у такому нерозривному зв'язку, що використання їх поодиноці практично неможливе. Важливим також є те, що сам інститут фінансового контролю є комплексним правовим інститутом, в якому чітко простежуються інструменти адміністративного права, що реалізуються щодо зупинення протиправної діяльності у фінансовій сфері, у тому числі й бюджетній, вилучення документів та предметів, які її стосуються, прийняття управлінських рішень, які запобігають вчиненню аналогічних проступків у майбутньому.

Загалом систему суб'єктів профілактики деліктів у бюджетній сфері вітчизняні науковці трактують доволі широко, зокрема вважаючи, що до неї входять Верховна Рада України, в тому числі Комітет Верховної Ради України з питань бюджету, Рахункова палата, Міністерство фінансів України, Державна казначейська служба України, Державна аудиторська служба України [3, с. 251–263].

Важливими суб'єктами профілактичного впливу є система правоохоронних органів, зокрема підрозділи Міністерства внутрішніх справ України, Національна поліція, прокуратура, фіскальні органи, Служба безпеки України податкова міліція; Національне антикорупційне бюро, інші суб'єкти правоохоронної діяльності.

Профілактична діяльність Верховної Ради України проявляється через широке коло повноважень щодо формування державного бюджету, заслуховування звітів про його виконання, що супроводжується можливістю прийняття нормативно-правових актів, які слугують основою для усунення системних причин та умов вчинення правопорушень у бюджетній сфері. Суб'єктом безпосередньої профілактичної діяльності, який діє від імені Верховної Ради України, є також Комітет Верховної Ради України з питань бюджету. Згідно з додатком до Постанови Верховної Ради України від 29 вересня 2019 р. № 19-ІХ «Про перелік, кількісний склад і предмети відання комітетів Верховної Ради України дев'ятого скликання», цей комітет, окрім законопроектної роботи, попереднього розгляду питань, які належать до повноважень Верховної Ради України, здійснює функцію контролю за дотриманням бюджетного законодавства, реалізує контрольну діяльність щодо державної бюджетної політики і міжбюджетних відносин, бюджетного процесу, зокрема середньострокового бюджетного планування, звітування щодо виконання бюджету; його контрольні повноваження стосуються державного внутрішнього і зовнішнього боргу, функціонування Рахункової палати, державних фінансових органів, контрольних органів, зокрема Державної аудиторської служби України, аналізу безпосереднього впливу проектів нормативно-правових актів на показники бюджету та бюджетні відносини [4].

Державна казначейська служба України діє на основі Положення про Державну казначейську службу України, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 215 [5]. Спрямованістю на профілактику правопорушень у бюджетній сфері відзначаються контрольні повноваження Державної казначейської служби України щодо обліку надходжень і витрат державного та місцевих бюджетів, формування фінансової і бюджетної звітності розпорядниками й одержувачами бюджетних коштів, відповідності кошторисів розпису бюджету, відповідності бюджетних зобов'язань асигнуванням та паспорту бюджетної програми. Особливою увагою у цій сфері слід відзначити повноваження Державної казначейської служби щодо надання попередження щодо неналежного виконання бюджетного законодавства та пред'явлення вимоги, яка стосується усунення порушення бюджетного законодавства. Ця служба володіє повноваженнями щодо складення протоколів про згадані порушення бюджетного законодавства задля припинення незаконної діяльності. Нею здійснюється зупинка операцій із бюджетними коштами, призупинення бюджетних асигнувань [5].

Органи фінансового контролю тісно взаємодіють із правоохоронними органами та іншими органами публічного управління щодо профілактики правопорушень у бюджетній сфері.

Правоохоронні органи та органи публічного управління залучаються органами державного фінансового контролю, які координують із ними свою роботу. Така взаємодія стосується діяльності органів фінансового контролю з органами місцевого самоврядування, виконавчої влади, фіскальними органами, прокуратурою, Національною поліцією, Службою безпеки України щодо протидії деліктам у бюджетній сфері.

Особливе місце в системі суб'єктів боротьби з податковими правопорушеннями законодавець присвятив податковій міліції, відвівши регламентації її правового статусу цілий розділ XVIII² Податкового кодексу України. Зокрема, в кодексі зазначено, що завданням податкової міліції є запобігання кримінальним та іншим правопорушенням у сфері оподаткування та бюджетній сфері, їх розкриття, розслідування та провадження у справах про адміністративні правопорушення; розшук осіб, які переховуються від слідства та суду за кримінальні та інші правопорушення у сфері оподаткування та бюджетній сфері [6]. У структурі податкової міліції вирізняють головні управління (управління, відділи, відділення, сектори), аналогічні підрозділи контролюючих органів в АРК, областях, округах, містах Києві та Севастополі, управління, головні відділи (відділи, відділення, сектори) податкової міліції відповідних державних податкових інспекцій у районах, містах (крім міст Києва та Севастополя), районах у містах, міжрайонних, об'єднаних та контролюючих органах [6].

Окремої уваги у досліджуваній сфері заслуговує профілактична діяльність Національної поліції України, основним суб'єктом реалізації якої є Департамент захисту економіки Національної поліції, що стосується виявлення причин та умов, що зумовлюють вчинення правопорушень у сфері економіки, застосування заходів щодо їх усунення. Серед його важливих функцій є [7] формування нормативно-правової основи боротьби з такими правопорушеннями, автоматизованих інформаційних систем, що допомагають правоохоронній діяльності, оперативно-пошукових обліків, систематизації, вивчення, аналізу та оцінки інформації щодо попередження правопорушень у цій сфері, підготовки інформаційно-аналітичних документів, внесення пропозицій, які сприятимуть прийняттю ефективних профілактичних заходів, контролю за усуненням виявлених умов, що спонукають до вчинення правопорушень, тощо [8, 151–158].

У розвинутих демократичних державах наявна практика створення спеціальних органів, головним завданням яких

є протидія податковим деліктам. Зокрема, такими є Служба внутрішніх доходів, що є підрозділом Міністерства фінансів США, Центру щодо збору та обробки інформації про фінансові операції Австралії. У Республіці Білорусь діє Департамент фінансових розслідувань Комітету державного контролю Республіки Білорусь, органи фінансової поліції Республіки Казахстан. Зокрема, Службою внутрішніх доходів реалізуються контрольні повноваження щодо своєчасності сплати податків, дотримання вимог щодо подання податкових декларацій, стягнення податкових заборгованостей, штрафів із платників податків [9, с. 129].

Прикладом протидії корупційним діям у податковій сфері як засадничої умови профілактики усіх податкових правопорушень є робота Управління з питань запобігання та виявлення корупції, що реалізує заходи щодо запобігання, виявлення та припинення правопорушень, пов'язаних із корупцією в системі ДПС. У повідомленнях ДПС, розміщених на відомчому сайті, постійно розміщується інформація щодо способів комунікації з Управлінням з питань запобігання та виявлення корупції ДПС задля подолання незаконної діяльності працівників ДПС [10].

Митно-тарифне регулювання формує фундамент зовнішньоекономічної діяльності держави загалом, комплексно впливає на фінансову систему України. Досягнення мети митно-тарифного регулювання можливе завдяки комплексному врегулюванню низки питань щодо розміру мита, визначення митної вартості, коду товару відповідно до товарної номенклатури зовнішньоекономічної діяльності, країни походження товару [11, с. 31, 60].

Безпосереднє втілення заходів митно-тарифного регулювання покладено на митні органи, які під час здійснення митної справи застосовують заходи тарифного та нетарифного регулювання щодо переміщення через митний кордон товарів [12, с. 31, 60]. Саме вони перевіряють правильність декларування товарів, визначення коду товару відповідно до УКТ ЗЕД та митної вартості товару, належність сплати мита, ПДВ, акцизного збору та митних зборів, що безпосередньо пов'язано з реалізацією тарифних регуляторів та попередженням вчинення фінансових правопорушень у митній сфері.

Державна митна служба як основний суб'єкт профілактики порушень митних правил створена у 2019 році та функціонує як центральний орган виконавчої влади, на який покладено формування, реалізацію державної митної політики, а також протидію правопорушенням під час реалізації законодавства у митній сфері. Основними підрозділами в структурі цієї служби, які реалізують профілактику правопорушень у митній сфері, є Департамент організації митного контролю, Департамент забезпечення митного оформлення, Департамент запобігання та протидії контрабанді та порушенням митних правил, Департамент організації митного аудиту, Департамент із напрямку реалізації правових питань, Відділ у сфері запобігання, виявлення та протидії корупції та інші підрозділи [13].

Національний банк, ДПС України є важливими суб'єктами профілактики адміністративних деліктів щодо переміщення товарів та валюти через митний кордон, що вчиняються юридичними особами і за які передбачене застосування адміністративно-господарських санкцій, заходів адміністративного впливу.

Адміністративні правопорушення у банківській сфері є невід'ємною частиною фінансово-економічних проступків.

Система заходів профілактики деліктної поведінки у банківській сфері на спеціальному рівні реалізується за допомогою спеціального законодавства, серед якого важлива роль відведена Положенню про застосування Національним банком України заходів впливу, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 17.08.2012 № 346 [14].

Це один із головних нормативно-правових актів, що визначає порядок застосування НБУ заходів запобігання правопорушенням в банківській сфері, порядку забезпечення законності діяльності банківських установ та заходи впливу на недобросовісних суб'єктів надання банківських послуг.

Відповідно до цього положення Національний банк реалізує контрольні повноваження щодо суб'єктів надання банківських послуг за зобов'язує банки усувати порушення у діяльності, припиняти ризикову діяльність. Наявність факту здійснення ризикової діяльності банками визначає Правління Національного банку або Комітет із питань нагляду. Особливо слід наголосити, що НБУ володіє правом застосовувати широкий спектр заходів для забезпечення приведення діяльності банків до законодавчих вимог. Серед них – застосування такого заходу впливу, як застереження, що застосовується з метою усунення банком порушення банківського, валютного законодавства, законодавства з питань фінансового моніторингу, нормативних вказівок НБУ тощо.

Не менш важливими повноваженнями наділений Комітет із питань нагляду та регулювання діяльності банків, нагляду (оверсайту) платіжних систем Національного банку України, діяльність якого стосується забезпечення стабільності банківської системи загалом та координації діяльності усіх учасників реалізації банківського нагляду і застосування заходів впливу за порушення банківського законодавства, попередження деліктної поведінки у банківському секторі.

На запобігання протиправної діяльності скеровується робота й самих банківських установ, у структурі яких є служби безпеки банків. Проте у разі неможливості здійснення самотужки заходів щодо попередження та припинення правопорушень у банківській сфері служба безпеки банку звертається за допомогою до правоохоронних органів. Так, із профілактичною метою залучаються оперативні підрозділи МВС України, наприклад для запобігання шахрайству в зазначеній сфері, незаконним кредитним операціям, «відмиванню» грошей через банківську систему на національному й міжнародному рівнях [15, с. 258; 16].

Висновки. Зважаючи на зазначене, наявність спеціальних повноважень щодо профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері як пріоритетних для органів влади робить цих суб'єктів спеціалізованими щодо профілактики адміністративних правопорушень у сфері власності. Їхня робота щодо профілактики адміністративних правопорушень у фінансовій сфері є різноманітною, передбачає потребу володіння ґрунтовними знаннями щодо різних сегментів фінансової сфери, проте вся вона здійснюється на засадах професійності, демократизму, гуманізму, інтеграції зусиль та диференціації компетенції і функцій.

ЛІТЕРАТУРА

1. Лиховид В.І. Профілактика як дійсний засіб попередження росту злочинності. *Вісник Запорізького юридичного інституту*. 2001. № 3. С. 199–203.
2. Словник української мови : в 11 т. / за ред. Білодід І.К. та ін. Київ: Наукова думка, 1970–1980. Т. 9. 1978. 916 с.
3. Василичук В.І., В.Р. Сливенко Правовий статус суб'єктів профілактики злочинів у бюджетній сфері. *Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. серія юридична*. 2013. Вип. 2. С. 251–263. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvldvvs_2013_2_30.
4. Комітет Верховної Ради України з питань бюджету. Предмети відання Комітету URL: http://budget.rada.gov.ua/news/Pro_Komitet/Predmet_vidannya_Komit73956.html.
5. Положення про Державну казначейську службу України: постанова Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 215. *Офіційний вісник України*. 2015 р. № 33. С. 27.

6. Податковий кодекс України від 02.12.2010 № 2755-VI *Офіційний вісник України*. 2010 р. № 92, том 1, С. 9.
7. Про затвердження Положення про Департамент захисту економіки Національної поліції України : Наказ Національної поліції України від 07.11.2015 р. № 81. *Офіційний сайт Національної поліції України*. URL: <http://www.npu.gov.ua/uk/publish/article/1813727>.
8. Толочко В.В. Профілактична діяльність органів Національної поліції України щодо забезпечення економічної безпеки. *Науковий вісник публічного та приватного права*. Випуск 6, том 2, 2018. С. 151–158.
9. Костюк Б.В. Особливості участі підрозділів податкової міліції у здійсненні податкового аудиту в умовах реформування її організаційної структури. *Науковий вісник Херсонського державного університету. Сер. : Економічні науки*. 2017. Вип. 24(2). С. 128–131. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_en_2017_24\(2\)_30](http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvkhdu_en_2017_24(2)_30).
10. Про порушення правил етичної поведінки працівниками ДПС можна поінформувати різними каналами зв'язку. URL: <https://tax.gov.ua/media-tsentr/antikoruptionsna-diyalnist/416536.html>.
11. Терещенко С. Основи митного законодавства України: Питання теорії та практики зовнішньо-економічної діяльності: Навч. посіб. Київ: АТ «Август», 2001., 422 с.
12. Науменко В.П., Пашко П.В., Руссков В.А. Митне регулювання зовнішньоекономічної діяльності в Україні. 2.вид., перероб. і доп. Київ : Знання, 2006. 394 с.
13. Мінфін затвердив структуру головного апарату нової митниці і штатний розпис. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2019/09/2/651178/>.
14. Положення про застосування Національним банком України заходів впливу, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 17.08.2012 № 346 *Офіційний вісник України*. 2012. № 72. С. 21.
15. Фінагеев В.О. Взаємодія оперативних підрозділів зі службами банківської безпеки у протидії шахрайству в сфері кредитування. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2016. № 1. С. 252–264. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aymvs_2016_1_23c_258.
16. Особливості профілактики злочинних посягань у сфері банківського кредитування URL: <http://uareferat.com/ukr/details/4415>.

**ОСОБЛИВОСТІ АДМІНІСТРАТИВНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ
ЗА ПОРУШЕННЯ ЛІСОВОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ****FEATURES OF ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY
FOR VIOLATION OF FOREST LAW IN UKRAINE**

**Парпан У.М., д.ю.н., доцент,
професор кафедри адміністративного та інформаційного права**
*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

**Лесько Н.В., д.ю.н.,
професор кафедри адміністративного та інформаційного права**
*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

У статті проаналізовано особливості адміністративної відповідальності за порушення лісового законодавства в Україні. Зауважено, що в Україні існує стійка тенденція зростання адміністративних проступків, у т. ч. і лісових правопорушень. Це пов'язано з наявністю значного кола умов, що стимулюють їх скоєння. Законодавець робить спроби зупинити цю тенденцію здебільшого шляхом розширення системи адміністративно-юрисдикційних органів і запровадження більш суворих санкцій, але, як свідчать статистичні дані, таких дій для належного результату замало. Вбачається, що потрібен новий підхід до створення концепції протидії цій тенденції, яка має бути створена на науково обґрунтованих підставах.

Підкреслено, що є нагальна потреба у проведенні правової експертизи та наукової обґрунтованості адміністративної відповідальності за ті дії, які встановлені у наведених нормативних актах фактично як адміністративні правопорушення лісового законодавства. Метою таких дій є виявлення дійсної потреби в адміністративно-правовому захисті суспільних відносин у галузі лісового законодавства. Якщо висновки проведеної правової експертизи будуть свідчити про необхідність існування у чинному законодавстві переліку складів адміністративних правопорушень і розміру їх санкцій, що наведені у підзаконних нормативно-правових актах, необхідним буде піднесення їх до рівня закону шляхом кодифікації. Треба зазначити, що до чинного КУпАП неможливо включити правопорушення, суб'єктами яких є юридичні особи, оскільки загальні норми Кодексу не встановлюють юридичних осіб суб'єктами адміністративної відповідальності.

Констатовано, що адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства в Україні потребує всебічного аналізу та пошуку напрямів підвищення її ефективності. Окрім того, знижує ефективність контрольної діяльності у сфері охорони лісів низький розмір штрафів за адміністративні правопорушення лісового законодавства, а це призводить до безкарного завдання шкоди лісам.

Ключові слова: адміністративна відповідальність, лісове законодавство, лісопорушення, адміністративні стягнення, склад адміністративного лісопорушення.

The article analyzes the features of administrative liability for violations of forest legislation in Ukraine. It is noted that for a long time in Ukraine there is a steady trend of increasing administrative offenses, including forest offenses. This is due to the presence of a significant range of conditions that encourage their implementation. At the same time, the legislator is trying to stop this trend mainly by expanding the system of administrative and jurisdictional bodies and introducing stricter sanctions. But given the statistics, such actions are not enough for a proper result. It is seen that a new approach is needed to create a concept of counteracting this trend, which should be created on a scientifically sound basis.

It is emphasized that there is an urgent need for legal expertise and scientific validity of administrative liability for those actions that are established in these regulations in fact as administrative offenses of forest legislation. The purpose of such actions is to identify the real need for administrative and legal protection of public relations in the field of forest legislation. If the conclusions of the legal examination indicate the need for the existing legislation to list the composition of administrative offenses and the size of their sanctions, which are listed in the bylaws, it will be necessary to raise them to the level of law by codification. It should be noted that the current Code of Administrative Offenses can not include offenses, the subjects of which are legal entities, as the general rules of the Code do not establish legal entities as subjects of administrative liability.

It is stated that administrative liability for violation of forest legislation in Ukraine requires a comprehensive analysis and search for ways to improve its effectiveness. In addition, the effectiveness of control activities in the field of forest protection is reduced by the low size of fines for administrative violations of forest legislation, which in turn leads to impunity for damage to forests.

Key words: administrative responsibility, forest legislation, forest violations, administrative penalties, composition of administrative forest violations.

Постановка проблеми. Застосування заходів юридичного впливу за правопорушення найефективніше забезпечує не тільки захист прав і свобод людини, а також збереження й охорону довкілля і природних ресурсів, до яких, зокрема, належать ліси та лісові ресурси. Юридичній відповідальності за рівнем дієвості належить провідна роль серед інших видів соціальної відповідальності: політичної, моральної, релігійної тощо. Ключовими обставинами, що зумовлюють необхідність всебічного і глибокого аналізу юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства, є кардинальні зміни, які відбулися у суспільстві й економіці із часу набуття Україною незалежності. Ухвалення нової редакції Лісового кодексу 2006 р., а також низки галузевих нормативних актів спричинило суттєві зміни як у профільному, так і у суміжному законодавстві. Безумовно, ефективність застосування юридичної відповідальності за порушення екологічного, зокрема

лісового, законодавства залежить від багатьох факторів. Крім рівня правосвідомості, стану екологічного виховання та культури населення, вивченості причин та умов лісопорушень, пріоритетне місце посідає якість правових норм, що встановлюють юридичну відповідальність [1]. Саме тому **метою цієї статті** є дослідження адміністративної відповідальності за порушення лісового законодавства в Україні.

Стан дослідження. Питання адміністративної відповідальності за екологічні правопорушення досліджували такі українські вчені-правознавці у галузі екологічного права: В.І. Андрейцев, Ю.П. Битяк, В.М. Гарашук, І.А. Куян, Д.Л. Лук'янов, У.Ш. Файрадова, Ю.С. Шемшученко та ін.

Виклад основного матеріалу. Загальним об'єктом адміністративного лісопорушення є правовідносини використання й охорони природних ресурсів як єдиного цілого,

до якого належать і ліси; родовим об'єктом є правовідносини у сфері використання й охорони лісів як окремого елемента довкілля; безпосереднім об'єктом – окремі правовідносини у сфері використання й охорони лісів.

Від об'єкта відмінний предмет адміністративного лісопорушення, який має матеріальний характер і зовнішнє матеріальне вираження. Предметом адміністративного лісопорушення є ліси за їхнім поділом на категорії залежно від екологічного та соціально-економічного призначення (захисні, рекреаційно-оздоровчі, природоохоронні, наукові, історико-культурні, експлуатаційні) згідно зі ст. 39 Лісового кодексу України [2].

Об'єктивна сторона лісопорушення – це зовнішній прояв протиправного посягання на охоронювані законом лісові об'єкти (тобто діяння, шкідливі наслідки його вчинення та причинний зв'язок між ними).

За способом вчинення протиправних посягань лісопорушення вчиняються у формі активної поведінки – дії (незаконної порубки, пошкодження та знищення лісових культур і молодняка (ст. 65 КупАП) [3] тощо.

За способом завдання шкоди лісопорушення можна поділити на групи: забруднення лісів (засмічення лісів відходами (ст. 73 КупАП); нераціональне використання лісових ресурсів (здійснення лісових користувань не у відповідності з метою або вимогами, передбаченими в лісорубному квитку (ордері) або лісовому квитку (ст. 67 КупАП); виснаження, пошкодження та знищення лісів (знищення або пошкодження підросли в лісах (ст. 66 КупАП); руйнування екологічних зв'язків, які забезпечують взаємодію лісів з іншими природними ресурсами в межах екосистеми (знищення або пошкодження лісоосушувальних каналів, дренажних систем і шляхів на землях державного лісового фонду (ст. 74 КупАП); порушення чи невиконання екологічних вимог, нормативів, стандартів, а також вимог, дозволів, ліцензій (наприклад, порушення правил відновлення і поліпшення лісів, використання ресурсів спілої деревини (ст. 68 КупАП) [3].

Суб'єктами адміністративних лісопорушень за КупАП є фізичні особи, які згідно зі ст. 14 КупАП підлягають адміністративній відповідальності за правопорушення та пов'язані з недодержанням норм і правил, забезпечення виконання яких входить до їх службових обов'язків. До ознак індивідуального суб'єкта (фізичної особи) лісопорушення належать: загальні ознаки, які закріплено статтями загальної частини розділу 11 КупАП (досягнення 16-річного віку; осудність) і спеціальні ознаки (характеризують зв'язок суб'єкта правопорушення з лісовими об'єктами (власник, володілець, користувач, орендар); відображають особливості службового становища (посадова особа, працівник); вказують на протиправну поведінку в минулому (особа, яка притягалася до адміністративної відповідальності, злісний правопорушник); інші особливості правового статусу (військовослужбовець; особа, уповноважена власником) [3].

Суб'єктивна сторона адміністративного лісопорушення полягає у встановленні в діяннях особи конкретної форми вини, мотивів і цілей проступку. Чинне законодавство про адміністративну відповідальність не містить поняття вини, але вказує на дві її форми (умисел і необережність).

Заслуговує на увагу думка науковця Л.В. Мендик про те, що адміністративне лісопорушення – це суспільно шкідливе або суспільно небезпечне, протиправне, винне (умисел чи необережне) діяння (дія чи бездіяльність) у сфері використання, управління й охорони лісів, за вчинення якого передбачено адміністративно-правову відповідальність. Адміністративно-правова відповідальність за лісопорушення – це вид юридичної відповідальності, що застосовується компетентними державними органами та посадовими особами за вчинення адміністративного проступку у сфері використання, управління й охорони лісів на підставах та у порядку, передбаченому адмі-

ністративним, екологічним і лісовим законодавством [4, с. 104–108].

Сьогодні в Україні поширюється думка про необхідність посилення адміністративної відповідальності у сфері охорони лісів. Безперечним є висновок про те, що «недосконала система адміністративних санкцій за порушення природоохоронного законодавства призводить до безвідповідальності керівників підприємств, установ і організацій», який міститься у рекомендаціях парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні [5].

Окрім того, з аналізу законодавства про адміністративні правопорушення можна дійти висновку про певні недоліки адміністративної відповідальності за лісові правопорушення. Так, наприклад, єдиною санкцією за лісові адміністративні правопорушення (ст. 63–77 КупАП) є адміністративний штраф, проте, увага не звертається на попередження (ст. 24, 26 КупАП), застосування якого передбачено за скоєння екологічних правопорушень, передбачених ст. 50 «Порушення права державної власності на тваринний світ», 79 «Недодержання вимог щодо охорони атмосферного повітря при введенні в експлуатацію і експлуатації підприємств і споруд», 83¹ «Порушення законодавства про захист рослин» [3].

Ю.С. Шемшученка вважає, що сутність адміністративної відповідальності за екологічні правопорушення полягає у застосуванні до порушників екологічного законодавства адміністративно-правових санкцій (стягнень) [6, с. 341].

Адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства як підінститут адміністративної відповідальності – це система юридичних норм, які встановлюють перелік лісових адміністративних правопорушень, забезпечують виявлення цих правопорушень, встановлення правопорушника, доказування його винності, застосування до нього встановлених законом примусових мір впливу та їх реалізацію.

За чинним законодавством адміністративна відповідальність за порушення норм лісового законодавства може бути застосована до громадян або посадових осіб у випадках, передбачених у КупАП. Таким чином, КупАП установлює тільки два види суб'єктів лісових правопорушень, і обидва передбачають накладання адміністративної відповідальності на фізичних осіб. Треба розширити сферу відносин адміністративної відповідальності шляхом установа встановлення відповідальності юридичних осіб, оскільки останні порушують адміністративно-правові норми поряд із фізичними особами, особливо у галузі підприємницької діяльності, що безпосередньо стосуються норм лісового законодавства. Причому необхідно встановити особливості юридичних осіб як суб'єктів адміністративної відповідальності, а саме: юридична особа стає суб'єктом адміністративної відповідальності з моменту її державної реєстрації та втрачає статус юридичної особи як відповідного суб'єкта з моменту її виключення з ЄДРПОУ.

Доцільність такого доповнення доводили багато науковців і практиків протягом тривалого часу, але вона досі не втілена в чинному КупАП. Так, О.Т. Зима зазначає, що необхідність існування адміністративної відповідальності юридичних осіб зумовлена тим, що останні є не лише учасниками суспільних і правових відносин – вони також виступають одним із об'єктів державного управління. Таким чином, органи державної виконавчої влади, здійснюючи державне управління, мають справляти на них певний вплив, застосовувати відповідні управлінські (регулятивні) методи [7, с. 9].

Для підвищення ефективності законодавства про адміністративну відповідальність юридичних осіб треба чітко визначити загальні засади такої відповідальності та встановити механізм притягнення юридичних осіб до адміністративної відповідальності [8, с. 165].

У КУпАП подано перелік органів (посадових осіб), уповноважених розглядати справи про адміністративні правопорушення лісового законодавства, і для всіх них, незважаючи на відмінності у структурі та порядку діяльності, встановлено єдиний порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення відповідної сфери. Аналогічно ці питання можуть бути вирішені і щодо відповідальності юридичних осіб. Треба чітко визначити органи, уповноважені накладати адміністративні стягнення на юридичних осіб, і порядок провадження у справах про адміністративні правопорушення.

Наступне питання, що заслуговує на увагу та має бути вирішене найближчим часом, полягає у необхідності приведення у відповідність із нормами Конституції України чинних нормативно-правових актів, які встановлюють адміністративну відповідальність за правопорушення у галузі лісового законодавства.

Чинне законодавство України містить підзаконні нормативні акти, що визначають перелік порушень у галузі порядку ведення лісового господарства та використання ресурсів лісу і встановлюють покарання у формі грошових стягнень. За своєю суттю ці стягнення є поєднанням елементів адміністративної та цивільно-правової відповідальності. Так, Постанова Кабінету Міністрів України «Про затвердження санітарних правил в лісах України» встановлено грошові стягнення за вчинення юридичними та фізичними особами порушень вимог цих правил, однак, як зазначено в п. 22 ст. 92 Конституції України, засади цивільно-правової відповідальності; діяння, які є злочинами, адміністративними або дисциплінарними правопорушеннями, та відповідальність за них визначаються виключно законами України. Тобто можна говорити про неконституційність наведених нормативних актів, оскільки встановлення відповідальності та застосування санкцій є прерогативою виключно законів України. І це не єдиний випадок, коли нормативно-правові акти застосовуються з мотивів доцільності.

Таким чином, є нагальна потреба у проведенні правової експертизи та наукової обґрунтованості адміністративної відповідальності за ті дії, встановлені у наведених нормативних актах фактично як адміністративні правопорушення лісового законодавства. Метою таких дій є виявлення дійсної потреби в адміністративно-правовому захисті суспільних відносин у галузі лісового законодавства. Якщо висновки проведеної правової експертизи будуть свідчити про необхідність існування у чинному законодавстві переліку складів адміністративних правопорушень і розміру їх санкцій, що наведені у підзаконних нормативно-правових актах, необхідним буде піднесення їх до рівня закону шляхом кодифікації. До чинного КУпАП неможливо включити правопорушення, суб'єктами яких є юридичні особи, оскільки загальні норми Кодексу не

встановлюють юридичних осіб суб'єктами адміністративної відповідальності [8, с. 170].

У контексті нашого дослідження зауважимо, що в Україні існує стійка тенденція зростання адміністративних проступків, у т. ч. і лісових правопорушень. Це пов'язано з наявністю значного кола умов, які стимулюють їх скоєння. Законодавець робить спроби зупинити цю тенденцію здебільшого шляхом розширення системи адміністративно-юрисдикційних органів і запровадження більш суворих санкцій, але, як свідчать статистичні дані, таких дій для належного результату замало. Вбачається, що потрібен дещо новий підхід до створення концепції протидії цій тенденції, яка має бути створена на науково обґрунтованих підставах. Як зазначає Є.В. Додін, такі висновки повинна зробити нова галузь адміністративно-правової науки, що отримала назву «адміністративна деліктологія» [9, с. 92].

Важливим висновком, який дає наука адміністративної деліктології у зазначеній проблемі, є висновок про необхідність посилення профілактики адміністративних проступків. Відповідні дії щодо профілактики лісових правопорушень і будь-яких інших груп адміністративних проступків повинні мати наукове обґрунтування та включати вивчення стану і динаміки, структури та географії адміністративної деліктності. Розроблені профілактичні засоби мають бути не тільки загальними, а й деталізованими відповідно до тієї чи іншої групи правопорушень залежно від того, на захисті яких суспільних відносин вони стоять. Наприклад, щодо лісових правопорушень найважливішим засобом профілактики повинно стати роз'яснювальна робота, яку проводитимуть відповідні державні органи серед населення, особливо молоді (у різних видах навчальних закладів).

Нині законодавство України про адміністративні штрафи лісового законодавства є досить об'ємним і розгалуженим, тобто існує значна кількість нормативних актів, що регулюють питання накладення адміністративних штрафів на винних осіб. Це, у свою чергу, призводить до ускладнень його застосування. Вбачається, що поліпшення такої ситуації можливе шляхом усунення розпорошеності штрафних норм і зосередження їх виключно в КУпАП. У процесі реформування адміністративного законодавства необхідно систематизувати й узагальнити чинні норми права, привести їх у відповідність із теоретичними засадами адміністративно-правової науки [8, с. 172].

Висновки. Все сказане дає змогу зробити висновок про те, що адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства в Україні потребує всебічного аналізу та пошуку напрямів підвищення її ефективності. Окрім того, знижує ефективність контрольної діяльності у сфері охорони лісів низький розмір штрафів за адміністративні правопорушення лісового законодавства, а це призводить до безкарного завдання шкоди лісам.

ЛІТЕРАТУРА

1. Сторчоус О. Удосконалення юридичної відповідальності за порушення лісового законодавства та протидія обігу незаконно добутих лісових ресурсів: рекомендації щодо внесення змін у законодавство. Київ, 2016. URL: http://www.enpi-fleg.org/site/assets/files/2118/report_storchous_improving_legal_liability_recommendations_to_legislation.pdf.
2. Лісовий кодекс України від 21 січня 1994 р. База даних «Законодавство України» / ВР України. URL: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_927.
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 № 8073-Х. *Відомості Верховної Ради України*. 1984. Додаток до № 51. Ст. 446.
4. Мендик ЛВ. Адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства України. *Європейські перспективи*. 2012. № 2 (2). С. 103–109.
5. Рекомендації парламентських слухань щодо дотримання вимог природоохоронного законодавства в Україні: схвалені постановою Верхов. Ради України від 20 лют. 2003 р. № 565. *Відомості Верховної Ради України*. 2003. № 25. Ст. 182.
6. Балюк Г.І., Барбашова Н.В., Гетьман А.П., Єрофеев М.І., Комарницький В.М., Малишева Н.Р., Шемшученко Ю.С. та ін. Екологічне право України. Академічний курс: підручник / за заг. ред. Ю.С. Шемшученко. Київ: Юридична думка, 2005. 848 с.
7. Зима О.Т. Адміністративна відповідальність юридичних осіб: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07 / Нац. юрид. акад. України ім. Ярослава Мудрого. Харків, 2001. 17 с.
8. Марфіна Н.В. Адміністративна відповідальність за порушення лісового законодавства.
9. Українське адміністративне право: актуальні проблеми реформування: збірник наукових праць. Суми: ВВП «Мрія-1»; ЛТД «Ініціатива», 2000. 282 с.

ДОСУДОВЕ ВИРІШЕННЯ ПУБЛІЧНО-ПРАВОВИХ СПОРІВ ТА АДМІНІСТРАТИВНЕ ОСКАРЖЕННЯ: СПІВВІДНОШЕННЯ ПОНЯТЬ В КОНТЕКСТІ ЇХ НОРМАТИВНОГО ЗАКРІПЛЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВОМ ПРО АДМІНІСТРАТИВНУ ПРОЦЕДУРУ

PRE-TRIAL PUBLIC-LAW DISPUTES RESOLUTION AND ADMINISTRATIVE APPEAL: THE CORRELATION OF THE CONCEPTS IN THE CONTEXT OF THEIR LEGAL REGULATION BY THE LEGISLATION ABOUT ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Прокопенко А.О., студентка магістратури II курсу

Інститут права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена дослідженню нормативного закріплення таких інструментів вирішення публічно-правових спорів, як досудове вирішення публічно-правових спорів та адміністративне оскарження, в контексті їх співвідношення. Зокрема, визначено сутнісні ознаки обох інструментів, їх спільні риси; сформульовано аргументовані висновки про те, що адміністративне оскарження за своєю правовою природою є не чим іншим, як одним із найбільш показових видів досудового вирішення публічно-правових спорів. Констатовано, що нині національне законодавство не містить належного нормативного регулювання ні щодо досудового вирішення публічно-правових спорів, ні щодо адміністративного оскарження. Доведено, що найбільш вдалим способом вирішити цю проблему є прийняття парламентом законодавчого акта про адміністративну процедуру, адже адміністративне оскарження є однією зі складових частин адміністративної процедури.

Аргументи на користь зазначених тверджень підкріплено прикладами схожого нормативного регулювання, що існує нині в іноземних державах із подібними правовими системами та рівнем економічного розвитку. Зокрема, наведено приклади законодавчих актів про адміністративну процедуру, в тому числі зі вміщеними нормами про адміністративне оскарження, країн пострадянського простору, прибалтійських держав.

Проаналізовано динаміку розроблення законодавчого акта, що регулюватиме адміністративну процедуру в Україні. Зокрема, досліджено положення законопроектів про адміністративну процедуру, які вносилися до парламенту у різні періоди за останні десять років. Здійснено порівняльний аналіз положень про адміністративне оскарження в законопроектах про адміністративну процедуру. Встановлено, що жоден із законопроектів не містить дефініції поняття адміністративного оскарження, що унеможливило ідентифікацію таких процедур, закріплених у різних галузевих законодавчих актах; встановлено, що вивчені законопроекти не містять норм про (обов'язкове) досудове вирішення публічно-правових спорів, що є істотним недоліком у контексті закріплення потенційного існування таких процедур та правових наслідків за їх невикористання Конституцією України та Кодексом адміністративного судочинства України. Визначено, що одним із головних завдань законодавця є прийняття нормативно-правового акта про адміністративну процедуру, який буде враховувати особливості правової системи та забезпечувати основи правового регулювання в аспекті вирішення публічно-правових спорів.

Ключові слова: досудове вирішення публічно-правових спорів, адміністративне оскарження, адміністративна процедура, законопроект, нормативне регулювання, захист прав та законних інтересів.

The article is devoted to the study of the legal regulation of such instruments for public-law disputes resolution as pre-trial public-law disputes resolution and administrative appeal in the context of their correlation. In particular, the essential features of both instruments, their common features are determined; the conclusion about the administrative appeal as one of the most revealing type of pre-trial public-law disputes resolution procedures is formulated. It is stated that at present the national legislation does not contain proper legal regulation neither on the pre-trial public-law disputes resolution, nor on the administrative appeal. It is proved that the most successful way to solve this problem is the adoption by the parliament of a legislative act on administrative procedure, as an administrative appeal is one of the components of an administrative procedure.

Arguments in favor of these allegations are supported by examples of similar regulations that currently exist in foreign countries with similar legal systems and similar levels of economic development. In particular, there are examples of such legislative acts on administrative procedure in post-Soviet countries, the Baltic states which include the rules on administrative appeals.

The developing dynamics of the provisions that will regulate the administrative procedure in Ukraine is analyzed. In particular, the provisions of the bills on administrative procedure, which were submitted to the parliament in different periods over the last ten years, are studied. A comparative analysis of the rules on administrative appeals in bills on administrative procedure has been carried out. It has been defined that none of the bills contains a definition of the concept of administrative appeal, which makes it impossible to identify such procedures established in various special legislative acts. It is established that the bills do not contain provisions on (obligatory) pre-trial public-law disputes resolution, which is a significant drawback because the potential existence of such procedures and legal consequences for their non-use is established by the Constitution of Ukraine and the Code of Administrative Procedure of Ukraine. It is determined that one of the main tasks of the legislator now is the adoption of a legal act on administrative procedure, which will take into account the peculiarities of the legal system and provide the basis for legal regulation of public-law disputes resolution.

Key words: pre-trial public-law disputes resolution, administrative appeal, administrative procedure, bill, legal regulation, rights and legitimate interests protection.

Постановка проблеми. Питання прийняття нормативно-правового акта, який регулюватиме суспільні відносини у сфері застосування адміністративної процедури, нині є досить проблемним, до того ж має терміновий характер. За останні роки, відколи представники юридичної спільноти дійшли висновків, що поняття «адміністративний процес» обумовлено не лише явищем адміністративного судочинства, в національному законодавстві так і не вдалося нормативно закріпити цю концепцію. За цей час до Верховної Ради України у різні періоди вносилося декілька законопроектів, що фактично передбачали потенційне правове регулювання адміністративної процедури в Україні, однак жоден із них досі не став законом. У цьому контексті слід зазначити, що в жодному із

зареєстрованих парламентом України законопроектів про адміністративну процедуру не було вирішено питання співвідношення її із таким поняттям, як «досудове вирішення публічно-правових спорів» (далі – ДВППС) (нині визначення змісту (зокрема, нормативного) такого поняття є одним із найбільш актуальних питань і все дедалі частіше обговорюється серед юристів-практиків та науковців). Отже, це дослідження присвячене саме проведенню аналізу й визначенню співвідношення таких понять, як «адміністративна процедура» та «ДВППС»; обґрунтуванню шляхів їх потенційного закріплення в національному законодавстві.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанням правової природи процедур ДВППС, зокрема в контексті

їх взаємозв'язку з процедурою адміністративного оскарження, адміністративною процедурою, присвячували наукові роботи такі вчені-юристи, як В. Тильчик, С. Білуга, Л. Юхтенко, А. Соколов, Є. Смичок, Н. Боженко, О. Бондаренко, О. Соколенко. Також окремі проблеми нормативного закріплення та практичного застосування адміністративного оскарження в Україні досліджували В. Колпаков, І. Грибок, Л. Кисіль, В. Полохович, В. Тимошук, Д. Лученко, М. Белікова, Я. Михайлюк та інші науковці. Однак нині головним питанням, яке потребує якнайшвидшого вирішення, є прийняття закону про адміністративну процедуру, тому розкриття й визначення концептуальних основ закріплення норм про адміністративну процедуру, які потенційно стануть обов'язковими для усіх суб'єктів відповідних правовідносин в Україні, є одними з першочергових завдань, що вимагає досконалого вивчення.

Виклад основного матеріалу. Використання процедур ДВППС в Україні є досить актуальним насамперед задля процесуальної економії (звертатися до суду лише в разі неефективності ДВППС), економії фінансових ресурсів (коштів на судовий збір, правову допомогу, грошових сум за рішеннями суду), а також безпосередньої взаємодії приватних суб'єктів з органами публічної адміністрації, що підвищує довіру суспільства до владних інституцій.

Однак нині існує низка проблемних питань на шляху до реалізації зазначеної моделі вирішення публічно-правових спорів. Перш за все чинним законодавством України не надано дефініції поняття «ДВППС», не виокремлено ключових ознак ДВППС; не надано критеріїв, за якими існують можливість віднесення окремих процедур, визначених законами в різних сферах публічно-правових відносин, до процедур ДВППС. У цьому контексті слід сказати про такий поширений інструмент захисту прав і законних інтересів осіб, як адміністративне оскарження, яке сьогодні передбачене у великій кількості сфер публічно-правових відносин (зокрема, у податкових, митних правовідносинах, правовідносинах щодо сплати єдиного внеску на загальнообов'язкове державне соціальне страхування).

Адміністративне оскарження за своєю суттю, правовою природою й процедурою здійснення слід відносити саме до процедур ДВППС, адже, по-перше, адміністративне оскарження – це інструмент, який застосовується перед зверненням до адміністративного суду; по-друге, після використання процедур адміністративного оскарження існує можливість звернутися до суду (якщо в результаті адміністративного оскарження не досягнуто належного врегулювання спірних правовідносин) шляхом саме оскарження рішення, прийнятого суб'єктом владних повноважень за результатами процедури адміністративного оскарження; по-третє, рішення суб'єкта владних повноважень за результатами адміністративного оскарження зазвичай є остаточним і обов'язковим до виконання, поки не стане предметом розгляду в суді (тобто наявність рішення внаслідок застосування адміністративного оскарження означає факт остаточного вирішення спору).

Проте основи адміністративного оскарження, як і ДВППС, досі не закріплені належним чином у національному законодавстві, тому підтверджувати або спростовувати належність адміністративного оскарження до процедур ДВППС із посиланням на законодавчі положення нині складно.

Так, наприклад, В. Тильчик під обов'язковим досудовим порядком врегулювання спору розуміє саме інструменти медіації. Він зазначає, що, незважаючи на «наявність у нормативно-правових актах вказівки на можливість обов'язкового досудового вирішення спорів, зокрема у статті 124 Конституції України <...>, в публічно-правових відносинах такі положення реалізувати складно, оскільки з урахуванням положень частини другої статті 19 Конституції України органи державної

влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України. Таке положення Конституції України дає змогу запровадити медіацію в публічно-правових відносинах лише щодо та тільки за умови, коли буде чітко визначено обсяг дискреційних повноважень суб'єктів, що реалізують владні управлінські функції» [1, с. 58].

Єдиним доказом нормативного закріплення адміністративного оскарження як процедури ДВППС є пункт 56.18 статті 56 ПК України, відповідно до якого процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору [2]. Також така теза підтверджується нормою підзаконного нормативно-правового акта, а саме пунктом 2 Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами, затвердженого Наказом Міністерства фінансів України від 21 жовтня 2015 року № 916, який встановлює, що процедура адміністративного оскарження вважається досудовим порядком вирішення спору [3].

На противагу вищезазначеному, у цьому контексті В. Тильчик підкреслює, що «поняття «адміністративне оскарження» та «досудовий порядок вирішення спору» у ПК України не є тотожними, оскільки, як відомо, спір характеризується передусім рівністю сторін. МК України також не визначає поняття оскарження та/чи досудового вирішення спору. Однак глава 4 «Оскарження рішень, дій або бездіяльності органів доходів і зборів, їх посадових осіб та інших працівників і відповідальність за них» не містить вказівки, на кшталт ПК України, що процедура адміністративного оскарження є досудовим порядком вирішення спору [4, с. 163].

Отже, поки законодавцем не встановлено нормативних дефініцій понять ДВППС та адміністративного оскарження, серед науковців будуть продовжуватися дискусії щодо сутності таких інструментів.

Кожен галузевий закон окремо встановлює види, ознаки, порядок здійснення окремих процедур адміністративного оскарження. Проте законодавство України у сфері вирішення публічно-правових спорів відповідало би критеріям досконалості, передбачуваності, юридичної визначеності, високої якості закону у разі існування комплексного законодавчого акта про адміністративну процедуру.

Так, Я. Михайлюк обґрунтовано зазначає, що «адміністративне оскарження виступає факультативною стадією адміністративної процедури, оскільки без попередніх стадій адміністративної процедури неможливим є оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу; <...> порядок здійснення оскарження регламентований адміністративно-процедурними нормами» [5, с. 126].

Також В. Тильчик пропонує декілька варіантів впровадження обов'язкового досудового порядку врегулювання спорів у сфері публічно-правових відносин. Одне з них полягає в тому, щоби «прийняти Адміністративно-процедурний кодекс і у межах загального правила про адміністративну процедуру встановити обов'язковий досудовий порядок вирішення спору» [6, с. 286]. Крім того, вчений наголошує на тому, що «у межах Закону України «Про звернення громадян» закріплення терміна «процедури та/чи порядок досудового вирішення спору» не доцільно. Більш логічним є таке закріплення в межах Адміністративно-процедурного кодексу України, проект якого вже тривалий час обговорюється, чи інших галузевих нормативно-правових актах» [7, с. 97].

Окрім того, Я. Михайлюк наводить повністю аргументоване твердження про те, що «загальний (рамковий) порядок адміністративного оскарження, який може застосовуватися незалежно від сфери суспільних відносин, сьогодні відсутній. Звичайно, вирішення цього питання є частиною більш широкого проблеми і пов'язане з відсутністю загального нормативного акта, спрямованого

на регулювання адміністративних процедур. Доцільність та необхідність уніфікованого правового регулювання адміністративних процедур, у тому числі порядку адміністративного оскарження, підтвержені досвідом правового регулювання означених відносин у західноєвропейських країнах» [5, с. 129].

Досвід регулювання адміністративного оскарження у країнах пострадянського простору, інших країнах зі схожими на українську конструкціями правових систем показує, що основи такого способу захисту прав та законних інтересів у спірних публічно-правових відносинах визначені в межах законодавства про адміністративну процедуру; основи процедур ДВППС (поняття, ключові ознаки, види, положення про обов'язковість ДВППС) також установлені законом про адміністративну процедуру.

Наприклад, Законом Киргизької Республіки «Про адміністративні процедури» встановлено обов'язковий порядок досудового вирішення окремої категорії публічно-правових спорів; ним закріплено рівність сторін та законність діяльності органів публічної адміністрації [7, с. 98].

У Республіці Білорусь діє Закон «Про основи адміністративних процедур», який регламентує, зокрема, оскарження в адміністративно-правовій сфері. У цьому Законі також передбачена норма, що до розгляду адміністративних скарг не застосовується законодавство про звернення громадян і юридичних осіб [8, с. 104].

Відповідно до Закону Республіки Естонія «Про адміністративну процедуру», особа в разі підозри щодо порушення її прав чи обмеження свобод адміністративним актом або протягом адміністративного провадження може оскаржити такий акт, дію або бездіяльність адміністративних органів [8, с. 105].

За Загальним адміністративним кодексом Грузії, захищена особа може подати скаргу на адміністративне рішення, видане адміністративним органом [8, с. 105].

Подібні норми про адміністративне оскарження в межах загальних законів про адміністративну процедуру існують у більшості країн континентальної системи права. Водночас в Україні нині не прийнято парламентом закону, який би регламентував відносини суб'єктів у межах адміністративної процедури, в тому числі відносини з адміністративного оскарження, а також ДВППС.

Аналіз текстів, зареєстрованих Верховною Радою України, текстів законопроектів, які визначали положення про адміністративну процедуру, за останні 10 років дає змогу дійти висновку про те, що жоден з них не передбачав достатнього обсягу нормативного регулювання інструментів адміністративного оскарження, у тому числі у взаємозв'язку з такими категоріями, як ДВППС, обов'язковий порядок ДВППС.

Так, наприклад, проект Адміністративно-процедурного кодексу України, який зареєстрований у парламенті від 3 грудня 2012 року за № 11472 і який було відкликано 12 грудня 2012 року, за інформацією офіційного веб-порталу Верховної Ради України, у статті 101 визначав лише поняття права на адміністративне оскарження (звернення з вимогою про захист у позасудовому порядку, відповідно до цього Кодексу, має будь-яка правосуб'єктна особа, яка вважає, що у зв'язку з виданням адміністративного акта чи його виконанням порушено або може бути порушено її права, свободи чи законні інтереси) [9, с. 45]. Так, про ДВППС у цьому проекті навіть не йшлося, адже було визначено, що адміністративне оскарження – це звернення у позасудовому порядку. Таке положення є некоректним, адже позасудовий порядок вирішення публічно-правового спору має зовсім іншу сутність, ніж ДВППС. Під позасудовими способами вирішення спору маються на увазі ті, які застосовуються на заміну судовим (поза судом, не залучаючи суд), тобто якщо суб'єкти застосовують позасудове врегулювання спору, то далі звернення до суду буде недоцільним. До таких способів належить за су-

нісними ознаками спосіб медіації, за результатами якого укладається медіаційна угода, що в подальшому подається суду від імені сторін на затвердження (якщо медіатора було залучено на стадії примирення сторін у рамках судового процесу). До таких способів може належати також процедура врегулювання спору за участю судді (статті 184–188 Кодексу адміністративного судочинства України [10]), адже якщо сторони досягли примирення в ході застосування такої процедури, то подальше звернення до суду виключається, бо неможливо оскаржити до суду домовленості, яких було досягнуто в ході врегулювання спору за участю судді, як і неможливо оскаржити медіаційну угоду або угоду про примирення до суду.

В Проекті Закону про адміністративну процедуру від 28 грудня 2018 року (реєстраційний номер 9456), який було також відкликано 29 серпня 2019 року, аналогічно не передбачено дефініції поняття «адміністративне оскарження». У статті 19 цього законопроекту зазначено, що особа має право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу в порядку адміністративного оскарження відповідно до цього Закону та/або до суду. Відповідно до статті 80 цього законопроекту, право на адміністративне оскарження, відповідно до цього Закону, має будь-яка особа, яка вважає, що дія або бездіяльність адміністративного органу порушує її права, свободи чи законні інтереси, а також у зв'язку з виданням адміністративного акта чи його виконанням порушено або може бути порушено її права, свободи чи законні інтереси [11, с. 40]. Також не передбачено жодних вказівок на віднесення адміністративного оскарження до процедур ДВППС, немає жодної згадки про обов'язковий порядок вирішення публічно-правових спорів.

Найбільш перспективним законопроектом у сфері адміністративної процедури є Проект Закону про адміністративну процедуру, зареєстрований у парламенті 14 травня 2020 року (реєстраційний номер 3475). Саме цей законопроект був прийнятий у першому читанні 2 вересня 2020 року (за інформацією офіційного веб-порталу Верховної Ради України) й нині очікує на друге читання. Проте його положення щодо адміністративного оскарження фактично повторюють помилки й недоліки, допущені розробниками минулих законопроектів. Стаття 18 цього проекту передбачає, що особа має право на оскарження рішень, дій чи бездіяльності адміністративного органу в порядку адміністративного оскарження відповідно до цього Закону та/або в судовому порядку [12, с. 10]. Знову ж таки не розкрито поняття «адміністративне оскарження», не встановлено його основні риси, ключові характеристики, не передбачено взаємозв'язок між адміністративним оскарженням та ДВППС, а також не передбачено положень щодо обов'язкового досудового порядку вирішення спорів.

Висновки. Адміністративне оскарження в Україні на практиці є одним із найбільш поширених інструментів захисту прав та законних інтересів осіб, адже саме цей інструмент має властивість швидкого реагування на поновлення порушених прав особи з боку суб'єктів владних повноважень; застосовується у великій кількості публічно-правових відносин і закріплений в низці окремих законодавчих актів; використовується перед зверненням до адміністративного суду, причому засоби судового захисту використовуються лише в разі недосягнення бажаного результату під час адміністративного оскарження; є за своєю суттю одним із засобів досудового врегулювання публічно-правових спорів.

Незважаючи на очевидні й підкреслені багатьма науковцями та юристами-практиками сутнісні ознаки адміністративного оскарження як однієї з реально наявних сьогодні процедур ДВППС, національне законодавство не закріплює подібних нормативних положень. Нормативно-правовий акт, який потенційно міг би містити таке нормативне закріплення, а саме закон про адміністративну процедуру, нині

перебуває в Україні лише на стадії розроблення й схвалення парламентом; більш того, аналізовані положення законопроектів про адміністративну процедуру не дають змогу говорити про їх належну якість та доцільність надання таким положенням статусу норм права.

Отже, нині одним із головних завдань у контексті належного регулювання процедур адміністративного оскарження, процедур ДВППС, в тому числі обов'язкових

процедур ДВППС, є вдосконалення положень законопроекту про адміністративну процедуру, адже якщо не передбачити положення про ДВППС у нормативно-правовому акті про адміністративну процедуру, то перед українським парламентом постане нове завдання, а саме знайти нові шляхи нормативного закріплення основ процедур ДВППС, адже нині це питання досі залишається неврегульованим.

ЛІТЕРАТУРА

1. Тильчик В. Передумови формування системи оскарження в контексті категорії «Спір у сфері публічно-правових відносин»: пошук оптимального варіанту. *Право та державне управління*. 2019. № 2 (35). Т. 2. С. 54–59.
2. Податковий кодекс України : Закон України від 2 грудня 2010 року № 2755-VI / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2011. № 13–14, № 15–16, № 17. Ст. 112.
3. Про затвердження Порядку оформлення і подання скарг платниками податків та їх розгляду контролюючими органами : Наказ Міністерства фінансів України від 21 жовтня 2015 року № 916. *Офіційний вісник України*. 2016. № 2. Ст. 129.
4. Тильчик В. Нормативно-правове регулювання процедури досудового вирішення публічно-правових спорів у сфері реалізації податкової та митної політики: проблеми уніфікації. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. *Юридичні науки*. 2016. № 845. С. 161–166.
5. Михайлюк Я. Адміністративне оскарження: сучасний стан та перспективи розвитку. *Юридичний вісник. Проблеми та судження*. 2020. № 4. С. 125–131.
6. Тильчик В. Теоретико-методологічні та правові засади вирішення адміністративними судами спорів у сфері публічно-правових відносин : дис. ... докт. юрид. наук : спец. 12.00.07 ; Державний науково-дослідний інститут Міністерства внутрішніх справ України. Запоріжжя, 2020. 448 с.
7. Тильчик В. Перспективи запровадження обов'язкового порядку досудового вирішення публічно-правових спорів: зарубіжний досвід та перспективи для України. *Наука і правоохорона*. 2016. № 2. С. 96–102.
8. Лученко Д. Законодавство про адміністративне оскарження країн СНД, Балтії і Грузії: сфера дії та особливості. *Право і громадянське суспільство*. 2014. № 1. С. 102–115.
9. Проект Адміністративно-процедурного кодексу України. Реєстраційний номер 11472 від 3 грудня 2012 року. Текст законопроекту. 2012. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=44893 (дата звернення: 02.04.2021).
10. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 6 липня 2005 року № 2747-IV / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 35–36, № 37. Ст. 446.
11. Проект Закону про адміністративну процедуру. Реєстраційний номер 9456 від 28 грудня 2018 року. Текст законопроекту. 2018. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=65307 (дата звернення: 10.04.2021).
12. Про адміністративну процедуру : Проект Закону. Реєстраційний номер 3475 від 14 травня 2020 року. Текст законопроекту до другого читання (тираж від 8 квітня 2021 року). 2021. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68834 (дата звернення: 10.04.2021).

ВИРІШЕННЯ ПОДАТКОВИХ СПОРІВ В УКРАЇНІ, УКРАЇНСЬКЕ ЗАКОНОДАВСТВО ТА АЛЬТЕРНАТИВИ

RESOLUTION OF TAX DISPUTES IN UKRAINE, UKRAINIAN LEGISLATION AND ALTERNATIVES

Тарасова А.Д., студентка III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Червінська Д.І., студентка III курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних теоретико-методологічних проблем податкового права – питанню вирішення податкових спорів в Україні. Окреслено зміст поняття «податковий спір» на основі аналізу праць вітчизняних і зарубіжних науковців. Запропоновано нове визначення податкового спору як конфліктної ситуації, що виникає з податкових правовідносин між платниками податків і уповноваженими органами щодо стягнення з платника податків і зборів. Досліджено основні міжнародно-правові класифікації податкових спорів за різними критеріями, а саме: залежно від ініціатора спору, за предметом оскарження, за суб'єктом, за сферою виникнення, кількістю учасників та інші. У статті авторами проаналізовано чинне законодавство та зроблено висновок, що на законодавчому рівні в Україні закріплено два шляхи вирішення податкових спорів: адміністративне оскарження та судовий порядок вирішення спорів. Розкрито поняття механізму вирішення податкових спорів. Виділено основні проблемні питання адміністративного оскарження та судового порядку вирішення спорів. Автори розглянули процедуру медіації як альтернативний спосіб вирішення податкових спорів. Серед переваг медіації зазначено значно менший строк врегулювання конфлікту, розвантаження судової системи України і те, що сторони податкового спору доходять згоди самі. Також звернено увагу на досвід США та Нідерландів у запровадженні процедури медіації. Досліджено досвід США у запровадженні інституту податкового адвоката, що є незалежним від податкових органів. Основними функціями податкового адвоката є допомога платникам податків у взаємодії з податковими органами, захист прав платників податків у разі виявлення порушень таких прав. У статті проаналізовано арбітраж як альтернативний спосіб вирішення податкових спорів.

Ключові слова: податковий спір, податкове право, судовий порядок вирішення спорів, альтернативні способи вирішення податкових спорів, медіація.

The article is devoted to the coverage of one of the current theoretical and methodological problems of tax law on the issue of resolving tax disputes in Ukraine. The meaning of the concept of tax dispute is outlined on the basis of the analysis of works of domestic and foreign scientists. A new definition of the tax dispute as a conflict situation arising from the tax relationship between taxpayers and the authorized bodies for recovery from the taxpayer and fees is proposed. The main international legal classifications of tax disputes according to various criteria are studied, namely: depending on the initiator of the dispute, the subject of the appeal, the subject, the field of origin, the number of participants and others. In the article, the authors analyze the current legislation and conclude that at the legislative level. There are two ways to resolve tax disputes: administrative appeals and court proceedings. The concept of the mechanism of resolving tax disputes is revealed. The main problematic issues of administrative appeal and judicial procedure for resolving disputes are highlighted. The authors considered the mediation procedure as an alternative way of resolving tax disputes. Among the advantages of mediation is a much shorter period of conflict resolution, the parties to the tax dispute agree themselves, the unloading of the judicial system of Ukraine. Also, attention was paid to the experience of the United States and the Netherlands in implementing the mediation procedure. The experience of the USA in introduction of such institute as the tax lawyer which is independent of tax authorities is investigated. The main functions of a tax attorney are to assist taxpayers in cooperation with tax authorities, protect the rights of taxpayers in case of violations of such rights. The article analyzes arbitration as an alternative way of resolving tax disputes.

Key words: tax dispute, tax law, judicial procedure for resolving tax disputes, alternative ways of resolving tax disputes, mediation.

Податковим правовідносинам відведене одне з найважливіших місць у системі суспільних відносин. У ст. 67 Конституції України зазначено: «Кожен зобов'язаний сплачувати податки та збори в порядку і розмірах, встановлених законом. Усі громадяни щорічно подають до податкових інспекцій за місцем проживання декларації про свій майновий стан та доходи за минулий рік у порядку, встановленому законом» [4].

Специфіка податкових правовідносин, в яких стикаються публічний та приватний інтереси, за своєю природою передбачає високий рівень конфліктності та виникнення спорів. Перш за все потрібно дослідити саме поняття «податковий спір». Варто зазначити, що нині досі не існує єдиного підходу до тлумачення цього терміна. Тому доцільно розглянути, які правові позиції науковців щодо визначення податкового спору існують.

Наприклад, В.С. Кіценко визначає податковий спір як матеріальне охоронне правовідношення, що виникає між суб'єктами податкових правовідносин із приводу суперечностей щодо власних прав та обов'язків та/або законності правових актів контролюючих (податкових або митних) органів, що пов'язані з реалізацією податково-правових норм і вирішуються у передбаченому законом порядку [3].

Л.Б. Ларіна зазначає, що податковий спір – це юридичний спір, пов'язаний із нарахуванням та сплатою податків, який вирішується компетентним органом державної влади у встановленій законом формі між державою, з однієї сторони, та іншими учасниками податкових правовідносин, з іншої [5]. Своєю чергою О.Й. Бучинський у праці «З'ясування сутності поняття “податковий спір”» розтлумачив термін «податковий спір» як різновид публічно-правового спору, який виникає між учасниками податкових відносин (за обов'язкової участі суб'єкта владних повноважень) щодо застосування норм податкового законодавства у сфері нарахування та сплати податків, зборів із метою реалізації та захисту прав і законних інтересів [1]. Д.А. Шинкарук визначає податковий спір через категорію суперечності, яка виникає у зв'язку з розглядом законності рішення, дії (бездіяльності) або ненормативного правового акта податкового органу [11].

Спіраючись на вищевикладене, можна сказати, що податковий спір – це конфліктна ситуація, що виникає з податкових правовідносин між платниками податків і уповноваженими органами щодо стягнення з платника податків і зборів.

У правовій науці є кілька класифікацій податкових спорів за різними критеріями: залежно від ініціатора спору,

за предметом оскарження, за суб'єктом, за сферою виникнення, кількістю учасників та багато інших. Найбільш розгалуженим та використовуваним є поділ податкових спорів залежно від ініціатора спору. Науковці виділяють:

- 1) спори, що виникають з ініціативи платників податків, платників зборів і податкових агентів;
- 2) спори, ініційовані податковими органами;
- 3) спори, ініційовані іншими особами.

Також існує класифікація за суб'єктом вирішення спору:

- 1) спори, які вирішуються у судовому порядку;
- 2) спори, які вирішуються в позасудовому порядку.

Спори, які вирішуються в позасудовому порядку, можна поділити на:

- 1) ті, які вирішуються самостійно учасниками спору;
- 2) ті, які вирішуються за допомогою медіації;
- 3) ті, які вирішуються органами державної влади.

С.М. Миронова запропонувала кілька критеріїв поділу:

1) за суб'єктом складом спору (суперечки між податковими органами і платниками податків, платниками зборів, податковими агентами, а також іншими особами);

2) за процесуальним становищем (спори за позовами платників податків і позовами податкових органів);

3) за видом суспільних відносин (суперечки під час виконання обов'язку зі сплати податків, суперечки після виплати з приводу надміру сплачених або стягнених сум);

4) за порядком вирішення податкових спорів (які вирішуються в досудовому порядку та в судовому порядку) [7].

О.О. Уварова також визначила класифікацію за предметом оскарження категорії податкових спорів:

«1) оскарження суми податкового зобов'язання, визначеного податковим органом за причинами, не пов'язаними з порушенням податкового чи іншого законодавства;

2) оскарження суми податкового зобов'язання та/або штрафних санкцій, визначених податковим органом у зв'язку з виявленням порушення з боку платників податків вимог податкового чи іншого законодавства;

3) відмова в наданні бюджетного відшкодування ПДВ;

4) оскарження вимоги про сплату: податкового зобов'язання, яке платник податків узгодив у поданій ним податковій декларації, але не сплатив у встановлені строки; узгодженої суми грошового зобов'язання, визначеного податковим органом у податковому повідомленні-рішенні, яке платник податків не сплачує в установлені строки;

5) оскарження індивідуальної податкової консультації (або відмови в її наданні);

6) оскарження нормативно-правового акта у сфері оподаткування;

7) оскарження дій або бездіяльності податкового органу;

8) оскарження рішень та дій, що здійснюються податковим органом у процесі перевірки;

9) вимога про повне відшкодування збитків (шкоди), завданих незаконними діями (бездіяльністю контролюючих органів (їх посадових осіб)» [10].

Проаналізувавши судову практику, можна виокремити три основних категорії податкових спорів:

1) спори з питань права – це суперечки, в яких виникли між платником податків і податковим органом розбіжності, пов'язані з різним тлумаченням або застосуванням окремих норм податкового, цивільного та іншого законодавства;

2) спори з питань факту – це суперечки, в яких виникли між платником податків і податковим органом розбіжності, пов'язані з різною оцінкою фактичних обставин справи, що мають пряме або непряме відношення до оподаткованої діяльності платника податків;

3) процедурні суперечки – це суперечки, в яких платник податків посилається на допущені податковим органом порушення законодавчо встановленої процедури проведення заходів податкового контролю та (або) провадження у справах про податкові правопорушення.

Науковець О.Й. Бучинський зазначив, що науково-практичне значення класифікації податкових спорів полягає в забезпеченні можливості виявлення прогалин у роботі юрисдикційних органів і визначення загальних напрямів вирішення таких спорів. До того ж виокремлення спільних характерних рис, особливостей того чи іншого виду спорів дає змогу досягти ефективності процедури вирішення. Отже, класифікація податкових спорів – це проведення умовного поділу податкових спорів на різні види, категорії, групи з виокремленням спільних ознак. Класифікація податкових спорів є необхідною умовою дослідження їхньої сутності, а також визначення порядку та механізму вирішення цих спорів [2].

Нині чинний Податковий кодекс України (далі – ПК України) не визначає поняття адміністративного оскарження, досудового порядку врегулювання податкових спорів. Наявні норми ПК України, а саме підпункт 14.1.7. пункту 14.1 статті 14, надають визначення поняття «оскарження рішень контролюючих органів» – оскарження платником податку податкового повідомлення – рішення про визначення сум грошового зобов'язання платника податків або будь-якого рішення контролюючого органу в порядку і строки, які встановлені цим Кодексом за процедурами адміністративного оскарження, або в судовому порядку [9]. Робимо висновок, що на законодавчому рівні в нас закріплено виключно два шляхи вирішення податкових спорів: адміністративне оскарження чи судовий порядок вирішення спорів.

Для початку варто розкрити поняття механізму вирішення податкових спорів, С.М. Миронова висуває таке тлумачення: це єдність системи правових та організаційних засобів, що в комплексі забезпечують результативну взаємодію учасників податкових правовідносин, спрямовану на вирішення податкових спорів. До елементів механізму вирішення податкових спорів зараховують: норми процесуального податкового права, що регулюють вирішення податкових спорів; юридичні факти, що пов'язані з виникненням, розвитком та подальшим вирішенням податкових спорів; податково-юрисдикційну діяльність [7].

Чіткого визначення механізму податково-правового регулювання вирішення податкових спорів не існує, на їх вирішення поширюються загальноправові способи та методи. Процедура адміністративного оскарження рішень контролюючого органу та судовий порядок вирішення спорів є інституційно-правовим механізмом розв'язання податкових спорів. Причина поділу закладена в природі оскарження рішень – воно здійснюється скаргником до різних державних органів, що є абсолютно незалежними один від одного, хоча й діють з єдиною метою вирішення податкового спору. Причому варто зазначити, що для розв'язання податкових спорів немає значення, виник спір через порушення процесуальних чи/та матеріальних норм права, інституції (уповноважені державою органи) не змінюють порядок розгляду у зв'язку зі зміною предмета спору.

Розглядаючи адміністративний спосіб вирішення податкових спорів, М.В. Лошицький зазначав, що, не применшуючи значення судового захисту прав особи, варто зазначити збереження та оновлення інституту адміністративного оскарження. Розглядаючи переваги адміністративного оскарження, необхідно зазначити, що адміністративне оскарження є значно дешевшим, більш оперативним та менш формалізованим. Доцільно вказати, що навіть визнання судом порушення з боку контролюючого органу та набрання судовим рішенням законної сили ще не є кінцевим етапом вирішення податкового спору, а виступає лише сходиною до наступного етапу – виконання судового рішення адміністративним органом [6].

З огляду на сьогоденний стан завантаженості судової системи України, велику кількість справ, що щоденно покладаються на суддів, гостро стоїть питання досудового

вирішення конфліктів, у тому числі і податкових спорів. Зростаючі темпи глобалізації та реформування вимагають впровадження сучасних, ефективних методів вирішення податкових спорів, що розвантажать судові установи та зменшать їх кількість та терміни розгляду, які іноді сягають позначки у три та більше років.

На прикладі іноземних держав ми можемо розглянути дійсно ефективні та доцільні шляхи вирішення податкових спорів у досудовому порядку. Найпоширенішими з доюрисдикційних процедур є медіація та арбітраж, що полягають у пошуку компромісного вирішення податкового спору, який виник за певних умов (порушень як із боку контролюючого органу, так і з боку платника податку).

В Україні на законодавчому рівні медіація ще не врегульована, але розгляд перспектив її застосування є вкрай важливим у контексті інтеграції законодавства України до європейського законодавства.

19.05.2020 р. у Верховній Раді України було зареєстровано проєкт закону «Про медіацію» № 3504, який 15.07.2020 р. був прийнятий у першому читанні.

Відповідно до проєкту, медіація – добровільна, позасудова, конфіденційна, структурована процедура, під час якої сторони за допомогою медіатора (медіаторів) намагаються врегулювати конфлікт (спір) шляхом переговорів.

Проєктом передбачається застосування медіації в будь-яких конфліктах (спорах), які виникають у цивільних, сімейних, трудових, господарських, адміністративних правовідносинах, а також кримінальних провадженнях під час укладання угод про примирення між потерпілим та підозрюваним, обвинуваченим та в інших сферах суспільних відносин [8].

На наш погляд, медіація мала б чимало переваг перед іншими процедурами вирішення спорів.

По-перше, позитивним моментом проведення процедури медіації є значно менший строк врегулювання конфлікту. Помітно зменшує час вирішення конфлікту той факт, що для вирішення спору шляхом медіації не потрібно дотримуватись передбачених законодавством суворих процесуальних та процедурних вимог: витребувати докази, залучати осіб як свідків, експертів тощо.

По-друге, значною перевагою медіації над класичними способами вирішення податкових спорів є те, що сторони податкового спору доходять згоди самі, адже медіатор не приймає рішення за них.

Також варто зазначити, що в разі впровадження медіації як способу вирішення податкових спорів у вираші залишаться не тільки безпосередні учасники конфлікту, а ще й загалом судова система України, яка нині є вкрай завантаженою.

У рамках цього дослідження доцільно розглянути питання вирішення податкових спорів у країнах світу. Варто зазначити, що ще у 1993 р. у Великій Британії було запроваджено посаду арбітра. Обов'язки вказаного суб'єкта досудового врегулювання спорів зводяться до того, що арбітр вивчає всі обставини спору у сфері надання публічних послуг, в тому числі і обов'язкових платежів, та надає консультативну допомогу у вигляді рекомендацій щодо вирішення спору. Цікавим є те, що розгляд податкових спорів здійснюється трибуналами (в межах першої та другої судової інстанції) [12].

Розглядаючи взаємоузгоджувальну процедуру, неможливо оминати Німеччину, оскільки доволі ефективно та успішно вищезазначену процедуру було реалізовано саме в цій країні. У 2006 р. було розроблено Меморандум для проведення взаємоузгоджувальної процедури та арбітражу щодо податків на доходи та майно. У Німеччині досудове вирішення будь-якого конфлікту є обов'язковим за наявності мотиваційних причин: простота процесу, швидкість та оперативність, відсутність сплати податків та зборів. Надалі, за відсутності компромісного рішення особа зобов'язана пройти стадію адміністратив-

ного оскарження, і виключно якщо в адміністративному порядку скаргу платника податку не було задоволено, суб'єкт податкового права має право протягом 10 днів із моменту отримання акта контролюючого органу щодо відмови в задоволенні вимог подати скаргу в судовому порядку. Відповідно до положень Фінансово-процесуального кодексу ФРН, а саме ст. 47, платник податків має право здійснити оскарження у два способи: до фінансового суду (що виключно у даному випадку виступає судом першої інстанції) або подати позов до податкового органу, що своєю чергою буде відповідальним за подальшу передачу його безпосередньо до суду. Причому подальша передача контролюючим органом позову платника податків до суду, в конкретному випадку є його обов'язком, а не правом, відмова розцінюється як неправомірна дія суб'єкта владних повноважень [13].

У США процедура медіації зрахована до одного зі способів адміністративного вирішення податкових спорів та є доволі розгалуженою та різноманітною. З 1996 року в країні діє інститут податкового адвоката, що змінив посаду уповноваженого з прав платників податків, що існувала до 1996 року. Основні функції податкового адвоката, що є незалежним від податкових органів, включають у себе: допомогу платникам податків у взаємодії з податковими органами, захист прав платників податків у разі виявлення порушень таких прав.

Статистика свідчить про високу ефективність такої інституції, оскільки станом на 2012 рік податковим адвокатом було розглянуто 220 тисяч податкових спорів, з яких 77% скарг платників податку було задоволено та вирішено в досудовому порядку (а це майже 170 тисяч справ). До альтернативних способів вирішення податкових спорів у США також зараховують так звану «швидку медіацію» та арбітраж, що в комплексному використанні зменшило відсоток податкових спорів, що надходять до суду, до 10% [14].

Також неможливо оминати позитивний досвід Нідерландів, де використання медіації в податкових спорах зменшило потік судових справ із вказаних питань аж на 95%.

Висновки. В умовах трансформації суспільства, правових перевтілень та модернізації суспільства, значна кількість податкових спорів виходить за рамки встановлених стандартних процедур розгляду. Недосконале правове регулювання та значна кількість прогалин у законодавстві не дають змоги швидко та ефективно вирішувати спори, що призводить до їх нагромадження у разі їх вирішення судами. Запровадження медіації, арбітражу для вирішення податкових конфліктів є вигідним для України, оскільки вказані способи вирішення податкових спорів здатні значно розвантажити судову систему. Впровадження медіації як альтернативного способу вирішення податкових спорів є надзвичайно перспективним шляхом подолання проблем платників податку та податкових органів у процесі виникнення податкових спорів. Короткий строк вирішення конфлікту, забезпечення конфіденційності, змога вирішити конфлікт самотужки та багато інших переваг роблять процедуру медіації найсприятливішою для вирішення податкових спорів. Проте, попри всі вищезазначені позитивні аспекти впровадження альтернативних способів вирішення податкових спорів, це може створити значні прогалини в розумінні норм податкового законодавства, оскільки можливість вирішення податкового спору за взаємоузгоджувальною процедурою з подальшим затвердженням судовим органом умов примирення фактично буде суперечити імперативній природі норм податкового законодавства.

Впровадження якісної системи досудового врегулювання податкових спорів не лише покращить стан судової системи України, а й створить для платників податків реальну можливість швидкого та якісного вирішення податкових спорів і підвищить авторитет держави в очах громадян.

ЛІТЕРАТУРА

1. Бучинський О.Й. З'ясування сутності поняття «податковий спір». *Правова позиція*. 2019. № 1 (22). С. 103–111.
2. Бучинський О.Й. Особливості класифікації податкових спорів. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2018. Вип. 4. Т. 2. С. 48–52.
3. Кіценко В.С. Поняття та структура податкового спору як виду правового спору. *Форум права*. 2010. № 4. С. 458–461. URL: http://www.nbuv.gov.ua/e-journals/FP/2010_4/10kvcvhs.pdf (дата звернення: 18.04.2021).
4. Конституція України : Конституція, Закон від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення: 18.04.2021).
5. Ларина Л.Б. Налогообложение социально ориентированных организаций : дис. ... канд. эконом. наук : 08.00.10. Москва, 2007. 188 с.
6. Лошицкий М.В. Административне оскарження як спосіб захисту прав громадян у діяльності органів публічної адміністрації. *Науковий вісник Ужгородського національного університету*. Серія : Право. 2015. Вип. 31(2). С. 146–150. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015_31\(2\)_35](http://nbuv.gov.ua/UJRN/nvuzhpr_2015_31(2)_35) (дата звернення: 18.04.2021).
7. Миронова С.М. Механизм разрешения налоговых споров в Российской Федерации (финансово-правовой аспект). Волгоград, 2006. 245 с.
8. Проект Закону про медіацію : Проект Закону України № 3504 від 19.05.2020 р. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=68877 (дата звернення: 18.04.2021).
9. Тильчик В.В. Нормативно-правове регулювання процедури досудового вирішення публічно-правових спорів у сфері реалізації податкової та митної політики: проблеми уніфікації. *Вісник Національного університету «Львівська політехніка»*. Юридичні науки. 2016. № 845. С. 161–166. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vnulprip_2016_845_27 (дата звернення: 18.04.2021).
10. Уварова О.О. Коли виникає спір з податковим органом: можливі спірні ситуації. *Податки та бухгалтерський облік*. 2011. № 44 (1437). С. 3–11.
11. Шинкарьук Д.А. Досудебное урегулирование налоговых споров: финансово-правовое исследование : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.14. Омск, 2008. 163 с.
12. Guidance «The Role of the Adjudicator» made by The Adjudicator's Office and HM Revenue & Customs. URL: <https://www.gov.uk/guidance/the-role-of-the-adjudicator> (дата звернення: 18.04.2021).
13. Finanzgerichtsordnung (FGO) від 06.10.1965 р. URL: <https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/FGO.pdf> (дата звернення: 18.04.2021).
14. Chief Counsel Workload Statistics. URL: <https://www.irs.gov/ru/statistics> (дата звернення: 18.04.2021).

ПРОВАДЖЕННЯ ЕФЕКТИВНОЇ ПОДАТКОВОЇ ПОЛІТИКИ В НАПРЯМІ ЕКОЛОГІЗАЦІЇ ВИРОБНИЦТВА: БАЛАНС СТИМУЛІВ ТА САНКЦІЙ

IMPLEMENTATION OF AN EFFECTIVE TAX POLICIES FOR CLEANER PRODUCTION: THE BALANCE BETWEEN INCENTIVES AND SANCTIONS

Шульга Т.М., к.ю.н.,

доцент кафедри фінансового права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Бевза Д.О., студент магістратури I курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Бабійчук В.С., студентка магістратури I курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розкривається актуальне питання здійснення державою податкової політики у напрямі екологізації. Політика державного впливу на суспільні відносини знаходить своє відображення у конкретних діях (бездіяльності) або рішеннях уповноважених органів. Залежно від спрямованості конкретних заходів можна визначити, який шлях вибрано державою та які перспективи його успішного провадження. Одним з кроків до екологізації виробництва має стати впровадження податкового регулюючого механізму у процеси, що відбуваються всередині суспільства та стосуються впливу на довкілля.

На основі детального аналізу розкриваються детермінанти необхідності екологізації виробництва та в цьому контексті модернізації податкової системи. Автори фактично прослідковують дотичну площину між державними податковою та екологічною політиками та вказують на потребу забезпечення ефективного досягнення встановлених державою цілей за допомогою використання різних правових механізмів, кожен з яких дискретно здатний забезпечити захист прав приватних осіб, а за умови оптимальної синхронізації методів задовольнити суспільний інтерес якнайповніше.

Крім цього, виокремлюються ключові аспекти зарубіжного підходу до здійснення комплексної реформи щодо податкового регулювання екологічної політики. Акцентується увага на міжнародному досвіді реагування на негативні наслідки надання суттєвих податкових пільг підприємствам та висвітлюються позитивні аспекти подібної заохочувальної політики. Зазначено про необхідність урахування такого досвіду у вітчизняній практиці. Авторами наведено та проаналізовано прецеденти щодо податкових зловживань компаніями. Досліджено аспект релятивності податкових та екологічних нововведень до рівня життя, менталітету та інших формуючих факторів свідомої поведінки населення.

Цією статтею автори підкреслюють обов'язок держави насамперед знайти баланс між стимулами та санкціями, що стосуються податкових механізмів забезпечення належного рівня екологічності. Визначається перелік таких необхідних кроків підвищення ефективності провадження податкової політики у напрямі екологізації під впливом міжнародного досвіду та у відповідності до українських реалій. Дослідження підсумовується твердженням щодо потреби захисту прав, свобод та інтересів кожного громадянина (фактичного кінцевого бенефіціара) шляхом запровадження ефективних державних податкових механізмів.

Ключові слова: стимулювання, екологічність, державні механізми, податки, податкові пільги, забруднення довкілля, податкове регулювання, зловживання, виробництво, компанія.

The article appeals to a relevant question of state tax policy in an effort to greening. Government impact on social relations through concrete actions (inactions) and decisions of the competent agencies. According to thrust and focus of measures it is possible to determine which way the country has chosen as well as understand the prospects for a successful outcome. Providing the regulatory fiscal mechanisms into the impact of the environment is one of the steps for greening of operations. Necessity of making production safer and cleaner is based on a detailed analysis which is supported by arguments. The authors also observe that modernization of tax systems and procedures in this context becomes crucial.

The authors point out the common denominators of state environmental and tax policy and indicate that all the legal mechanisms must be properly united for the better result. Besides, the authors highlighted some key aspects of foreign tax regulation experience. The emphasis is on the international experience connected with reactions to negative impact of significant tax exemptions as well as coverage of positive aspects of such incentive policies.

In the course of their work researchers have studied the precedents of tax misuse. Authors formulate a thesis that success of the reforms depends on mentality, quality of life and other features. Also stressing the importance of maintaining a balance between sanctions and incentives in the process of ensuring an appropriate level of environmental safety.

The research provides a summary as for the need to protect the rights, freedoms and interests of all citizens (de-facto ultimate beneficiaries) through the implementation of efficient fiscal mechanisms.

Key words: incentive, environmental, state mechanisms, taxes, tax benefits, environmental pollution, tax regulation, misuse, production, company.

Держава в особі уповноважених органів влади здійснює прямиий або опосередкований вплив на будь-які суспільні відносини, визначаючи їхню спрямованість. Формування своєрідних «правил гри» сприяє уникненню хаотичності та всюдозволеності всередині певної сфери та виступає превентивним фактором щодо негативного впливу на суміжні правовідносини. Сфера податкового регулювання теж не є винятком, поза тим навіть характеризується високим ступенем імперативності.

Першочерговим складником у формуванні ефективної державної політики виступає створення досконалої правової

бази, що в змозі належним чином забезпечувати злагоджене функціонування ринкової економіки. Питання вдосконалення та адаптації законодавства у сфері справляння податків стоїть на порядку денному фактично з дня набрання останнім чинності, характеризує цю галузь як нестабільну та потребує розроблення чіткої стратегії податкового тиску на населення.

Наступним кроком після врегулювання усього комплексу правовідносин та теоретичного забезпечення належного рівня сплати податків має стати впровадження ефективного правореалізуючого механізму законодавчих приписів у практичній площині.

Увесь вищезазначений комплекс заходів, які стосуються правової регламентації справляння податків та зборів до бюджетів країни на основі дотримання рівноваги інтересів держави і прав, свобод та інтересів її громадян, у сукупності становить податкову політику [1, с. 14]. За своєю сутністю податкова політика – фундамент правової системи держави та головне джерело забезпечення надходжень до казни і, відповідно, видатків, що асигнуються на життєво необхідні потреби.

Глобалізаційні процеси зумовлюють взаємопроникнення поглядів та ідей стосовно політики, економіки тощо. Тому перейняття іноземного досвіду нині є звичайною практикою серед країн. Зокрема, сучасний етап світового розвитку демонструє тяжіння законодавчих та економічних трендів до суцільної екологізації виробничого та споживчого процесів. Такі тенденції зумовлюють необхідність упровадження прогресивних підходів до здійснення господарської діяльності і на території України.

Питання екологічної безпеки завжди активніше порушувалось саме за кордоном, можливими причинами цього є: вища громадська свідомість населення та більший досвід країн у побудові демократичних інститутів. В Україні ж проблема небезпеки навколишнього природного середовища для життя та здоров'я людини довго замовчувалась, лише процес євроінтеграції зрушив стан природоохоронної стагнації.

Екологізація охоплює увесь спектр суспільних відносин і в тому числі податкові правовідносини, які за умови правильного спрямування державної політики фактично можуть стимулювати підприємства (установи, організації) до забезпечення належного рівня екологічності; підштовхнути до запровадження інновацій на виробництвах; в змозі стати дієвим чинником розвитку держави та сприяти покращенню рівня життя громадян.

У разі здійснення державної політики варто встановити, чи є податкові стимули (пільги за екологічність, екологічний податок) найбільш відповідним інструментом для вирішення певної екологічної проблеми. У жодному разі не можна допускати маскуванню заходів податкового тиску екологічними аргументами. Такі дії можуть підірвати довіру до податкового інструменту з боку приватного сектору, а також загалом до податкової політики держави, отже, жодним чином не сприятимуть захисту довкілля [2].

Для закріплення позиції українських товаровиробників на міжнародних ринках держава має запровадити та гарантувати виконання міжнародних стандартів управління якістю довкілля [3]. Світовий досвід є надзвичайно корисним у напрямі попередження та протидії зловживанню своїм становищем суб'єктами господарювання та у векторі запровадження механізмів, які є дієвими гарантантами недопущення підриву екологічної безпеки та водночас здатні забезпечити належний баланс стимулів та санкцій для суб'єктів господарювання.

Міжнародна спільнота давно сформувала думку про необхідність правильного визначення методів досягнення оптимального економіко-екологічного результату і виокремила концепцію подвійного виграшу (win-win situation). Вона полягає в економічному стимулюванні охорони довкілля та раціональному природокористуванні за допомогою введення екологічних податків з паралельним зниженням податкового навантаження щодо інших об'єктів оподаткування [4, с. 808]. Проте заохочення екологізації господарської діяльності не лише результує в позитивні наслідки, а й продукує широкє поле з можливостей для недобросовісних учасників господарських відносин щодо зловживань пільгами і привілеями.

Зокрема, вважаємо за доцільне додати, що більш високий податок на забруднення знижує маржинальну продуктивність ресурсу і у короткостроковій перспективі є негативним чинником для виробництва і споживання, але

в довгостроковій – стимулює їхній приріст. Загалом, позитивний аспект стосується саме соціального ефекту та втілюється у підвищенні якості «екологічного капіталу» [5]. Додамо, що сувора податкова політика щодо екологізації виробництва стимулює впровадження інноваційних технологій на підприємствах та, як наслідок, позитивно впливає на процес виробництва і сприяє підвищенню якості продукції.

Ще одним аспектом, який слід висвітлити, є пропорційність споживання та рівня життя. Більш платоспроможні покупці готові переплатити за екологічність (наприклад, придбати електромобіль чи встановити альтернативне джерело енергії в будинку), тоді як споживачі з низьким рівнем купівельної спроможності більш лояльні до «брудного» виробництва, якщо це дозволяє їм розширити споживачський кошик [5].

Податкове стимулювання екологізації у своїй сукупності сприяє економічному зростанню і, оскільки ресурси обмежені, а потреби безмежні, забезпечує дотримання оптимального балансу між попитом і пропозицією. Проте надання певних податкових пільг чи виділення бюджетних коштів на екологізацію підприємств виступає заохоченням для недобросовісних суб'єктів господарської діяльності зловживати подібними преференціями або вдаватись до махінацій у обчисленні податкового зобов'язання з екологічного податку.

Наведемо кейс компанії «Кістоун» (Keystone Biofuels Inc). Вважаємо за доцільне спочатку окреслити сутність відносин, на які посягнуло правопорушення. У США встановлюється щорічна квота на кількість біо- та відновлюваного палива, котрі мають бути змішані з бензином і дизелем. Законодавчо встановлені нормативи передбачають порядок присвоєння ідентифікаційного номера – кредиту RIN. Зокрема, якщо компанія не продукує альтернативну сировину, у неї виникає необхідність придбання таких кредитів.

Власники пенсильванського підприємства з виготовлення біопалива були засуджені за самовільне створення RINів. Вони також вчинили махінації з поверненням федеральних податків на основі кредиту від Служби внутрішніх доходів (Internal Revenue Service) – IRS Biofuel Mixture Credit за відпущене ними несертифіковане паливо та задля приховування незаконної діяльності створили фальшиві корпоративні книги, записи, уклали фіктивні фінансові угоди. Додамо, що це перший прецедент у рамках федеральної програми щодо відновлюваного палива.

Прецедент демонструє, як державні програми для захисту навколишнього середовища перетворюються на інструмент недобросовісних суб'єктів господарювання для скоєння податкового правопорушення [6].

Своєю чергою в Україні поширеною є практика зменшення підприємствами коефіцієнта ставок екологічного податку за розміщення відходів; суб'єкти неправильно застосовують (умисно або помилково) нормативи за викиди забрудників, внаслідок чого відбувається недо-нарахування коштів до державного бюджету та завдається істотна шкода охоронюваним державним інтересам. Зокрема, не отримують дозволи на викиди, не встановлюють очисні споруди та безпосередньо скидають неочищені води, чим завдають шкоди довкіллю та створюють ситуацію загрози для здоров'я людини.

Розглянемо досвід Співтовариства у впровадженні еко-реформ. Головною особливістю податкової політики країн ЄС у напрямі екологізації є те, що вона насамперед спрямована на попередження забруднення навколишнього середовища, а не на покриття шкоди від забруднення [7, с. 89].

Значна кількість компаній уже проводять усвідомлену політику щодо захисту довкілля в межах своєї діяльності. Зокрема, «Volvo», «Daimler-Benz», «Siemens» заявили про необхідність дотримання екологічних стандартів і про «позитивну дискримінацію» постачальників із країн, котрі

не проводять політику екологізації власної системи виробництва. Європейський Союз заявив про наміри допускати на ринок лише сертифіковану продукцію відповідно до вимог ISO. У зв'язку з цим вітчизняні постачальники продукції, за оцінками західних експертів, можуть зазнати фінансових втрат у розмірі близько 20% прибутку, якщо вони не дотримуватимуться екологічних стандартів [8]. Тому питання екологічності виходить на рівень внутрішніх правил компаній, а не лише має гарантуватися силою державного примусу.

Зазначене втілюється у концепції корпоративної соціальної відповідальності бізнесу, за якою підприємства зацікавлені у справедливих законах та своєю чергою орієнтовані на лояльність споживача, адже якщо не задовольнятимуть вимог суспільства, то будуть витіснені з ринку. Додамо, що виключно активних дій з боку держави та відносної добросовісності виробника не досить. Важливим аспектом вдалої екологічної політики є також контроль з боку громадськості за діяльністю держави та приватного сектору. Зацікавленість соціуму, транспарентність діяльності компаній та влучна законотворча діяльність у сукупності здатні забезпечити вихід національного виробника на суттєво новий рівень.

Зазначимо, що Україна нині, згідно з індексом екологічної ефективності, перебуває на 60-му місці зі 180 країн [9], що вказує на необхідність суттєвого вдосконалення екологічної політики держави.

І одним із напрямів такого вдосконалення може стати податкове врегулювання екологічних проблем. Цього можна досягти за допомогою модернізації підходу держави до захисту екології, зокрема посилення відповідальності за недотримання встановлених законом норм із одночасним стимулюванням переходу до більш екологічно чистих засобів ведення господарської діяльності за допомогою податкових механізмів.

Податковий тиск у цьому аспекті може мати таку спрямованість, як:

- стимуляційна (мотивує суб'єктів до більш екологічної поведінки);
- відновлювальна (покриває затрати на усунення негативних наслідків малого рівня екологічності у державі). Важливо розуміти, що на поточний момент розвитку повна відмова від застосування технологій, що забруднюють природне середовище, призведе до економічного колапсу. Тому поступова відмова від таких технологій під впливом певних факторів – єдиний реальний механізм дій;
- дохідна (наповнення бюджетів держави). Це найбільш недоцільний крок, який можна вибрати, оскільки використання екологічних податкових механізмів для банального поповнення дохідної частини бюджету взагалі не виправдовує доцільності їх запровадження [7, с. 88].

На жаль, на сучасному етапі українського державотворення та податкова політика у напрямі екологізації, що нині існує, не компенсує ресурсів, закладених на її впровадження, про що свідчить: низький рівень надходжень до бюджету від сплати екологічного податку та відповідно нестача коштів на відновлення екологічної ситуації, що існувала до забруднення; неохоплення екологічними податками всіх сфер, які потенційно можуть забруднювати навколишнє середовище; відсутність стимулювання розвитку екологічного складника своєї діяльності та інше. Виходячи із наведених вище проблем, проведення ETR (Ecological Tax Reform) на національному рівні перебуває на порядку денному [10].

З іншого боку, проблема екології завжди залежатиме від належного рівня сплати наявних податків, від фактора приховування підприємствами своєї незаконної діяльності та аспекту тяжіння останніх виключно до отримання певних екологічних пільг, а не до турботи про довкілля.

Якщо розмір штрафних санкцій за нехтування екологічним питанням керівниками підприємств є меншим від

вартості правомірного ведення підприємницької діяльності, то органи влади, змінюючи ставки екологічних податків, їх структуру й правила сплати, можуть підвищити зацікавленість компаній у більш свідомому господарюванні. Це матиме результат – зменшення викидів забруднюючих речовин, збільшення витрат на інновації та технологічні вдосконалення [7, с. 89].

Знайдений баланс між впровадженими привілеями та передбаченим законом покаранням за правопорушення стане вагомим вкладом у ефективність та справедливість провадження податкової політики у напрямі екологізації.

Отже, підсумовуючи вищевикладене, зазначимо, що з урахуванням іноземного досвіду в межах провадження податкової політики у напрямі екологізації має бути реалізовано такі кроки, як:

- забезпечення економічних стимулів для забруднювачів (зменшення податкового тиску на виробників, які забезпечують екологічність своєї продукції, здійснення коригування споживчого попиту на екологічно «чисті» й «шкідливі» товари, їх пропозиції з боку виробників; створення інших податкових стимулів для впровадження екологічних нововведень);

– належний контроль за викидами шкідливих речовин та впровадження торгівлі квотами на забруднення. Фактична неможливість повної відмови від механізмів, що забруднюють довкілля, нівелюється значними надходженнями коштів до бюджету та їх витратами на відновлення екології;

– встановлення механізму цільового використання коштів, що надходять як сплата екологічного податку. Хоча такий підхід не співвідноситься із самим розумінням терміна «податок», однак саме він забезпечить ефективність використання коштів від такого виду податків, який носить відновлювальний характер;

– поступове щорічне збільшення ставки екологічного податку із обов'язковим дотриманням принципу стабільності;

– запровадження механізмів податкового стимулювання надходження інвестицій у відновлювальну енергетику та альтернативні види палива;

– введення спеціальних ставок податків для компаній, що запровадили систему екологічного менеджменту (контроль за мінімізацією шкідливих викидів у навколишнє середовище). Якщо держава бачить, що суб'єкт прагне екологізувати своє виробництво, то і ставлення до нього має бути більш лояльне. У цьому аспекті варто пам'ятати про принцип нейтральності оподаткування та створювати такі механізми, які не надавали б серйозної переваги на ринку, хоча їх впровадження є більш ніж виправданим.

Однак ці дії нічого не будуть вартувати, якщо ми не змінимо підхід, що формувався не один десяток років та ігнорував факт зневажливого ставлення до навколишнього середовища. Значне підвищення рівня екологічної освіти та виховання громадян України створить умови для запровадження у повсякденне життя моделей, що активізують роль громадян у запобіганні забрудненню та стимулюватимуть здійснення контролю за станом навколишнього природного середовища, сприятимуть сталому використанню природних ресурсів і відновленню природно-ресурсного потенціалу України [3].

Право громадян на безпечне для життя і здоров'я довкілля належить до основних (фундаментальних), природних прав і закріплене в статті 50 Конституції України [11]. Тому в кінцевому результаті варто все ж пам'ятати, що, незважаючи на те, які дії вчиняє держава, їх наслідки завжди буде відчувати кожен із нас. Тому використання всіх дієвих механізмів підвищення рівня екологічності, в тому числі за допомогою податкового регулювання, сприятиме розвитку всіх інших сфер людського життя та його збереження загалом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Податкова політика: теорія, методологія, інструментарій : навчальний посібник / за редакцією Іванова Ю.Б., Майбурова І.А. Харків. 2010. 492 с. URL: https://ndc-ipr.org/media/ndc_old/documents/3_sa5omLX.pdf (дата звернення: 03.04.2021).
2. Brännlund R. Greenwash? An analysis of the efficiency of Swedish environmental taxes. Arkitektkopia AB, Bromma, 2018. URL: https://www.svensktnaringsliv.se/bilder_och_dokument/f44lfj_greenwash-an-analysis-of-the-efficiency-of-swedish-environmental_1146913.html/BINARY/Greenwash-AnanalysisoftheefficiencyofSwedishenvironmentaltaxes.pdf (дата звернення: 08.04.2021).
3. Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2030 року : Закон України, Стратегія від 28.02.2019 № 2697-VIII. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2697-19> (дата звернення: 04.04.2021).
4. Варламова І.С. Екологічне оподаткування як основа сталого розвитку національної економіки. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2015. № 8. С. 807–810. URL: <http://global-national.in.ua/archive/8-2015/170.pdf> (дата звернення: 11.04.2021).
5. Lahiri B. The Effect of Environmental Taxes on Steady-State Consumption. *Theoretical Economics Letters*. 2014. 4. URL: https://www.scirp.org/pdf/TEL_2014121515580154.pdf (дата звернення: 10.04.2021).
6. Pennsylvania biofuel company and owners sentenced on environmental and tax crime convictions arising out of renewable fuels fraud. Служба внутрішніх доходів США. 2020. URL: <https://www.irs.gov/compliance/criminal-investigation/pennsylvania-biofuel-company-and-owners-sentenced-on-environmental-and-tax-crime-convictions-arising-out-of-renewable-fuels-fraud> (дата звернення: 11.04.2021).
7. Сучек С. Екологічне оподаткування: європейський досвід та перспективи його застосування в українських реаліях. *Економічний часопис Східноєвропейського національного університету імені Лесі Українки*. 2018. № 3. С. 85–93. URL: <https://echas.vnu.edu.ua/index.php/echas/article/download/371/317> (дата звернення: 08.04.2021).
8. Какутич Є.Ю. Механізми державної підтримки екологічного підприємництва. *Вісник СумДУ*. 2005. № 10 (82). URL: <https://essuir.sumdu.edu.ua/bitstream-download/123456789/10427/1/8.pdf> (дата звернення: 13.04.2021).
9. 2020 EPI Results. URL: <https://epi.yale.edu/epi-results/2020/component/epi> (дата звернення: 12.04.2021).
10. Макачук Р. Екологічний податок: світовий і український підходи. Суспільно-політичний журнал «НВ Бізнес». 2019. URL: <https://nv.ua/ukr/biz/experts/ukrajina-i-ekologichnij-podatok-shcho-dali-50055386.html> (дата звернення: 11.04.2021).
11. Конституція України : Закон України від 28.06.1996 р. № 254к/96-ВР. База даних «Законодавство України». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254k/96-вр> (дата звернення 13.04.2021).

ПРИНЦИПИ АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ СУРОГАТНОГО МАТЕРИНСТВА В УКРАЇНІ

PRINCIPLES OF ADMINISTRATIVE AND LEGAL REGULATION OF SURROGACY IN UKRAINE

Якущенко Ю.М., аспірантка кафедри адміністративного, господарського права та фінансово-економічної безпеки
Сумський державний університет

Стаття присвячена вивченню принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні. Зазначено, що основою адміністративно-правового регулювання будь-якого правового явища, зокрема сурогатного материнства, є низка принципів, однак відсутність їх переліку на законодавчому рівні зумовлює актуальність вивчення вказаного питання. З'ясована сутність понять «адміністративно-правове регулювання», «принципи адміністративно-правового регулювання». Наведено загальну класифікацію принципів адміністративно-правового регулювання на загальні та спеціальні. Сформульовано авторське розуміння поняття «принципи адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні». Встановлено, що до застосування методу сурогатного материнства прямо належать принципи, що закріплені Конституцією України. Наведено перелік принципів, закріплених в Основах законодавства України про охорону здоров'я, Законі України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині», окремі з яких є принципами адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні. Акцентовано увагу на таких принципах адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні, як уникнення перетворення сурогатного материнства на інструмент для торгівлі дитьми та експлуатації жінок, охорона прав дітей, народжених у результаті застосування методу сурогатного материнства, ліцензування діяльності щодо застосування методу сурогатного материнства, настання відповідальності за порушення у сфері застосування методу сурогатного материнства та інші. Зроблено висновок, що закріплення на законодавчому рівні запропонованого переліку принципів дасть змогу удосконалити адміністративно-правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері застосування методу сурогатного материнства.

Ключові слова: принципи, регулювання, адміністративно-правове регулювання, допоміжні репродуктивні технології, сурогатне материнство.

The article is devoted to the study of the principles of administrative and legal regulation of surrogacy in Ukraine. It is noted that the basis of administrative and legal regulation of any legal phenomenon, in particular surrogacy, is a number of principles, but the lack of their list at the legislative level determines the relevance of the study of this issue. The essence of the concepts "administrative and legal regulation", "principles of administrative and legal regulation" is clarified. The general classification of the principles of administrative and legal regulation into general and special is given. The author's understanding of the concept "principles of administrative and legal regulation of surrogacy in Ukraine" is formulated. It is established that the principles enshrined in the Constitution of Ukraine are directly related to the application of the surrogacy method. The list of principles enshrined in the Fundamentals of the legislation of Ukraine on health care, the Law of Ukraine "On the use of transplantation of anatomical materials to humans", some of which are the principles of administrative and legal regulation of surrogacy in Ukraine. Emphasis is placed on such principles of administrative and legal regulation of surrogacy in Ukraine as avoiding the transformation of surrogacy into an instrument for child trafficking and exploitation of women, protection of the rights of children born as a result of surrogacy, licensing of surrogacy, liability for violations in the field of application of the method of surrogacy, etc. It is concluded that the consolidation at the legislative level of the proposed list of principles will improve the administrative and legal regulation of social relations arising in the field of surrogacy.

Key words: principles, regulation, administrative and legal regulation, assisted reproductive technologies, surrogacy.

Постановка проблеми. Питання сурогатного материнства на тепер є одним із найбільш дискусійних, зважаючи на відмінні підходи до його легалізації в країнах світу. В Україні сурогатне материнство не заборонене, але адміністративно-правове регулювання суспільних відносин, що виникають при цьому, потребує удосконалення. Варто відзначити, що адміністративно-правове регулювання сурогатного материнства, як і будь-якого правового явища, що існує в межах правової системи, побудоване навколо низки принципів. Відповідно, розкриття змісту та виокремлення принципів, на яких ґрунтується адміністративно-правове регулювання сурогатного материнства в Україні, – передумова належного врегулювання суспільних відносин, що виникають при цьому.

Аналіз останніх досліджень та публікацій свідчить, що окремі аспекти питання принципів застосування сурогатного материнства відображені у працях таких науковців, як: Н.А. Абліткінова, Х.І. Вонсович, О.П. Головащук, Н.М. Квіт, В.М. Піроженко, О.Ю. Покальчук, Д.О. Пугач, Н.М. Старікова, Р.О. Стефанчук, О.А. Явор тощо. Однак відсутність законодавчо визначеного переліку принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні свідчить про доцільність вивчення цього питання.

Відповідно, **метою статті** є визначення поняття та переліку принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні.

Виклад основного матеріалу. Визначення змісту поняття «принципи адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства» вважаємо за доцільне розпочати із загального розуміння категорії «адміністративно-правове регулювання».

На думку І.М. Шопіної, адміністративно-правове регулювання є адміністративно-правовим впливом на суспільні відносини, що здійснюється за допомогою комплексу адміністративно-правових засобів та інших правових явищ, які у сукупності становлять механізм адміністративно-правового регулювання [1, с. 55]. В.І. Теремський визначає адміністративно-правове регулювання як цілеспрямований вплив правових норм, прийнятих державою, що постає відповідними адміністративними засобами забезпечення прав та законних інтересів фізичних, юридичних осіб, держави у суспільних відносинах з метою підпорядкування їх юридично встановленому правопорядку, а також охорони та розвитку в інтересах суспільства і держави [2]. Своєю чергою, за О.В. Голяшкіним, сутність адміністративно-правового регулювання полягає у механізмі імперативно-нормативного впорядкування організації і діяльності суб'єктів та об'єктів державного управління і формування стійкого порядку їх функціонування, яке, поєднуючись із нормами інших галузей права, «оформлює», «поглинає», «вводить» їх у дію на певному циклі, ситуації діяльності регульованих об'єктів [3]. Узагальнюючи наведені визначення поняття «адмі-

ністративно-правове регулювання», очевидно, що його визначальною категорією є «вплив», який здійснюється на визначені суспільні відносини за допомогою адміністративно-правових норм.

Невід'ємною складовою частиною адміністративно-правового регулювання є принципи. Тлумачний словник української мови дає такі визначення слова «принцип»: 1) основне вихідне положення якої-небудь наукової системи, теорії, ідеологічного напрямку і таке інше; засада, основний закон якої-небудь точної науки; 2) особливість, покладена в основу створення або здійснення чого-небудь, спосіб створення або здійснення чогось; правило, покладене в основу діяльності якої-небудь організації, товариства і т. ін.; 3) переконання, норма, правило, яким керується хто-небудь у житті, поведінці; канон [4, с. 927]. Необхідно зазначити, що принципи адміністративно-правового регулювання розуміються по-різному, зважаючи на сферу суспільних відносин. Зокрема, Г.О. Горбова принципи адміністративно-правового регулювання протидії насильству в сім'ї визначає як основні вихідні положення, керівні ідеї, на яких будується діяльність органів публічної адміністрації у сфері протидії насильству в сім'ї [5, с. 95]. На думку Є.К. Єршова, під принципами адміністративно-правового регулювання цивільної авіації необхідно розуміти елемент вихідних засад розвитку і функціонування взагалі історично визначених правових систем, що мають спрямовуюче значення для галузі, становлять своєрідну систему координат та напрями щодо позитивних закономірностей її розвитку, визначають характер та природу механізму адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, які виникають у процесі діяльності фізичних та юридичних осіб у галузі авіації та/або повітряного руху України, функціонально спрямованістю яких є гарантування безпеки авіації, забезпечення інтересів держави, національної безпеки та потреб суспільства й економіки в повітряних перевезеннях та авіаційних роботах [6, с. 48]. Загалом, якщо порівнювати зміст дефініції «принципи» та вищевикладених понять, стає очевидно, що останні визначення адаптують загальне розуміння принципів до сфери суспільних відносин, для якої вони є основоположними. Зважаючи на це, не вважаємо за доцільне розглядати інші підходи до визначення змісту принципів, однак пропонуємо зупинити увагу на загальноприйнятій класифікації принципів адміністративного права на загальні та спеціальні.

Загальними принципами є принципи, які притаманні адміністративно-правовому регулюванню будь-якої сфери. До них слід віднести принципи законності, верховенства права, гуманізму, належної правової забезпеченості, охорони інтересів особистості і держави, ефективності діяльності органів адміністративно-правового регулювання, оптимального доповнення та урівноваження повноважень органів державної влади та органів місцевого самоврядування, відповідальності органів державної влади та місцевого самоврядування за здійснювану діяльність перед народом [7, с. 35–38].

Д.О. Пугач наголошує, що до медичних втручань у репродуктивні процеси людини та до застосування допоміжних репродуктивних технологій мають пряме відношення норми, закріплені Конституцією України, що стосуються права на життя (ст. 27), права на охорону здоров'я (ст. 49), державного захисту сім'ї, дитинства, материнства та батьківства (ст. 51). Конституція встановлює основоположні засади регулювання та охорони репродуктивного здоров'я населення через безпосереднє закріплення основ охорони здоров'я та відносин між чоловіком та жінкою – охорони здоров'я та медичної допомоги (ст. 49), рівності жінки і чоловіка (ст. 24), вільного вибору жінки і чоловіка укладати шлюб (ст. 51) [8, с. 225–226].

Спеціальні принципи, на відміну від загальних, обмежені рамками окремих адміністративно-правових інститутів та відображають специфіку, особливості адміністра-

тивно-правового регулювання конкретних суспільних відносин [9]. І.К. Полховська наголошує на тому, що здебільшого на рівні національного законодавства встановлюються правила порядку регулювання відносин між пацієнтами та закладами охорони здоров'я, що забезпечують застосування методик допоміжних репродуктивних технологій (далі – ДРТ) та визначають механізм та умови застосування методик ДРТ. Такі правила зазвичай охоплюють медичну сторону питання, а правові аспекти, з огляду на складність специфіки, залишаються поза увагою [10, с. 34]. Зважаючи на підхід науковця очевидно, що для того щоб з'ясувати спеціальні принципи адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні, доцільно розглянути принципи державної політики у сфері охорони здоров'я, зважаючи на те, що одним із конституційних принципів людини є право на охорону здоров'я.

В Основах законодавства України про охорону здоров'я від 19.11.1992 р. закріплено, що принципами державної політики у сфері охорони здоров'я є:

- 1) визнання охорони здоров'я пріоритетним напрямом діяльності суспільства і держави, одним з головних факторів виживання та розвитку народу України;
- 2) дотримання прав і свобод людини і громадянина у галузі охорони здоров'я та забезпечення пов'язаних з ними державних гарантій;
- 3) загальнодоступність медичної допомоги, послуг у галузі охорони здоров'я;
- 4) відповідність завданням та рівню соціально-економічного, культурного розвитку суспільства, наукова обґрунтованість, матеріально-технічна та фінансова забезпеченість;
- 5) орієнтація на сучасні стандарти здоров'я і медичної допомоги, поєднання вітчизняних традицій та досягнень зі світовим досвідом у галузі охорони здоров'я;
- 6) децентралізація державного управління, розвиток самоврядування, самостійності працівників охорони здоров'я на правовій та договірній підставах [11].

Аналізуючи вищевикладене, вважаємо, що до принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні належить: принцип дотримання прав і свобод людини у сфері охорони здоров'я та забезпечення пов'язаних із ними державних гарантій, а також принцип чіткого визначення і розмежування повноважень суб'єктів владних повноважень у сфері застосування методу сурогатного материнства. Такий вибір зумовлений тим, що, по-перше, сурогатне материнство не має обмежувати чи порушувати право людини на охорону здоров'я; по-друге, адміністративно-правове регулювання суспільних відносин, пов'язаних із застосуванням методу сурогатного материнства, неможливе без оптимального розподілу повноважень між суб'єктами владних повноважень.

Окрім вищезазначених принципів, увагу необхідно звернути на принципи трансплантації, що закріплені у статті 4 Закону України «Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині»: добровільності, гуманності, анонімності, надання донорських органів потенційним реципієнтам за медичними показаннями, безоплатності трансплантації для донора та реципієнта, дотримання черговості (крім родинного та перехресного донорства), достойного ставлення до тіла людини у разі посмертного донорства, безперервності отримання медичної допомоги особами, яким трансплантовано анатомічні матеріали [12]. Відповідно до зазначеного принципами адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні можна вважати добровільність та анонімність, оскільки ніхто не може бути змушений укладати договір сурогатного материнства, а кожна сторона, яка його уклала, має право вимагати нерозголошення інформації про укладення нею такого договору.

Необхідно звернути увагу на те, що оскільки результатом сурогатного материнства є народження дитини, то одним із важливих принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства має бути уникнення

перетворення сурогатного материнства на інструмент для торгівлі дітьми та експлуатації жінок. Натепер відсутні правові механізми попередження потрапляння жінок через бідність в експлуатацію, які, вступаючи у договірні комерційні відносини, виношують дитину та передають потім генетичним батькам. Втім не варто виключати, що жінка, яка погоджується бути сурогатною матір'ю, може не розуміти всіх наслідків укладеного нею договору. Тому видається доречним підвищити мінімальний вік, з якого дозволяється сурогатне материнство.

Загалом принцип охорони прав дітей, народжених у результаті застосування методу сурогатного материнства, має бути пріоритетним, зважаючи на те, що діти – найбільш незахищена верства населення в Україні. Більше того, значною проблемою охорони прав дітей, народжених у результаті сурогатного материнства, є відсутність законодавчої бази. Натепер єдиний нормативний акт – Наказ Міністерства охорони здоров'я України «Про затвердження Порядку застосування допоміжних репродуктивних технологій в Україні» від 09.09.2013 р. – не наділяє державні органи повноваженнями здійснювати контроль за вивезенням за кордон дітей, народжених у результаті використання донорських статевих клітин у разі запліднення сурогатної матері іноземними особами. На нашу думку, вказане видається доцільним виправити через надання державним органам повноваження перевіряти відсутність у державі, громадянами якої є іноземні особи, які укладають договір на застосування ДРТ, заборони на сурогатне материнство, контролювати вивезення за кордон дітей саме цими особами, отримання від них інформації про подальшу долю дитини вже в новій державі.

Справді, найбільші ризики для дитини виникають тоді, коли сурогатне материнство заборонене в країні, чие громадянство має її біологічна мати чи батько, відповідно, останні затримуються для оформлення всіх необхідних документів для виїзду дитини з країни. Прикладом є судова справа, відповідно до якої громадяни Франції уклали договір сурогатного материнства на території України. Після народження дітей сурогатною матір'ю їм було видане свідоцтво про народження, а генетичні батьки (іноземці) звернулися до посольства Франції в Україні з метою оформлення необхідних документів для вивезення дітей у Францію та надання їм французького громадянства. Проте посольство їм відмовило, оскільки сурогатне материнство у Франції заборонене [13].

На думку К.О. Ільющенкової, одним із напрямів вирішення цієї проблеми має бути надання органам державної влади повноважень здійснювати внутрішній та зовнішній контроль за дотриманням прав дітей, народжених за допомогою ДРТ на території України [14, с. 54]. Вказана пропозиція обґрунтовується тим, що за законодавством України повноваження органів прокуратури у сфері захисту інтересів дітей та протидії насильству залишають поза увагою інтереси дітей, народжених у результаті застосування ДРТ. Прокурори справді реалізують надані повноваження в кримінальному провадженні, учасником якого є дитина, відбуття нею покарання, накладення на неї адміністративних стягнень, але не уповноважені здійснювати контроль за державною реєстрацією народження дитини, оформлення документів для її виїзду за кордон, дотриманням її прав, тому очевидним є питання про необхідність покладення зазначених обов'язків на інші державні органи.

Наявну проблему була спроба вирішити законопроектом «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмежень у використанні допоміжних репродуктивних технологій» 2011 року, яким запропоновано доповнити одночасно статтю 123 Сімейного кодексу України положеннями, відповідно до яких батьками

дитини, народженої в результаті сурогатного материнства, є подружжя, принаймні один з якого є громадянином України або громадянином держави, з якою Україна уклала двосторонню угоду про визначення походження дитини, зачатої в результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій, та статтю 48 Основ законодавства України про охорону здоров'я, за нормою якої застосування допоміжних репродуктивних технологій методом сурогатного материнства може здійснюватися лише щодо громадян України та іноземців – громадян країн, у яких такий метод допоміжних репродуктивних технологій не заборонений законом, а у випадках, коли іноземці проживають не в країні громадянської належності, і законом країни проживання [15]. Незважаючи на те, що вказані положення справді могли б підвищити рівень захищеності інтересів дитини, народженої методом сурогатного материнства, зазначений законопроект не було прийнято.

Законопроект «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо питань застосування допоміжних репродуктивних технологій» 2020 року таких пропозицій не містить, але акцентує увагу на відповідальності у сфері застосування ДРТ. На нашу думку, принцип настання відповідальності за діяння, яке адміністративним законодавством визначене як правопорушення, є одним із принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні. Втім особливу увагу необхідно звернути на відповідальність медичних закладів та посередників за забезпечення прав людини, виконання вимог законодавства у разі застосування допоміжних репродуктивних технологій, використання гамет та ембріонів людини. З метою стимулювати останніх дотримуватись вимог законодавства у разі застосування ДРТ законопроектом не лише передбачено видачу ліцензії медичним центрам на застосування ДРТ строком на 5 років і покладенням на них обов'язку щорічно сплачувати плату за ліцензію, але й запропоновано доповнити зміст Кодексу України про адміністративні правопорушення ст. 46³ «Порушення вимог законодавства щодо застосування допоміжних репродуктивних технологій або їх застосування без спеціального дозволу, або у випадках, якщо спеціальний дозвіл анульовано, або дію спеціального дозволу зупинено» [16].

Висновки. Таким чином, під принципами адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні необхідно розуміти основні вихідні положення, що визначають характер та напрями адміністративно-правового регулювання суспільних відносин, які виникають у процесі застосування методу сурогатного материнства та спрямовані на забезпечення їх відповідності інтересам держави, суспільства та окремої людини. Серед принципів адміністративно-правового регулювання сурогатного материнства в Україні доцільно виділяти: верховенства права, законності, добровільності, анонімності, дотримання прав і свобод людини у сфері охорони здоров'я та забезпечення пов'язаних із ними державних гарантій, чіткого визначення і розмежування повноважень владних суб'єктів у сфері застосування методу сурогатного материнства, державного захисту материнства та батьківства, уникнення перетворення сурогатного материнства на інструмент для торгівлі дітьми та експлуатації жінок, охорони прав дітей, народжених у результаті застосування методу сурогатного материнства, ліцензування діяльності щодо застосування методу сурогатного материнства, настання відповідальності за порушення у сфері застосування методу сурогатного материнства тощо. Закріплення на законодавчому рівні вказаного переліку принципів дасть змогу удосконалити адміністративно-правове регулювання суспільних відносин, що виникають у сфері застосування методу сурогатного материнства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Шопіна І.М. Адміністративно-правове регулювання управління органами внутрішніх справ України : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2012. 514 с.
2. Теремецький В.І. Поняття адміністративно-правового регулювання у сфері оподаткування. *Держава та регіони. Серія «Право»*. 2012. № 1 (35). С. 50–54.
3. Голяшкін О.В. Адміністративно-правове регулювання інноваційної діяльності в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.07. Київ, 2011. 20 с.
4. Великий тлумачний словник сучасної української мови / укл. і гол. ред. В.Т. Бусел. Київ–Ірпінь : ВТФ «Перун», 2005. 1728 с.
5. Горбова Г.О. Принципи адміністративно-правового регулювання протидії насильству в сім'ї. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 35, ч. 2, т. 2. С. 94–97.
6. Єряшов Є. Сутність адміністративно-правового регулювання цивільної авіації України. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. 2014. № 10. С. 44–48.
7. Адміністративне право України : підручник / за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гарашука, В.В. Зуй. Харків : Право, 2010. 624 с.
8. Пугач Д.О. Напрями вдосконалення адміністративно-правового регулювання допоміжних репродуктивних технологій. *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2017. Вип. 6, т. 3. С. 225–229.
9. Мельник Р.С. Інститут принципів адміністративного права у системі Загального адміністративного права України. URL: <http://www.youfuture.org.ua/ua/pb/2012/7/Melnyk.pdf>.
10. Полховська І.К. Репродуктивні права людини: окремі проблемні аспекти. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2017. № 5. С. 33–35.
11. Основи законодавства України про охорону здоров'я : Закон України від 19.11.1992 р. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 4. Ст. 19.
12. Про застосування трансплантації анатомічних матеріалів людині : Закон України від 17.05.2018 р. *Відомості Верховної Ради України*. 2018. № 28. Ст. 232.
13. Вирок Берегівського районного суду Закарпатської області від 17.05.2011 р. у справі № 1 –131/11. Архів Берегівського районного суду.
14. Ільющенкова К. Захист прав дитини, народженої у результаті застосування допоміжних репродуктивних технологій. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 1. С. 48–55.
15. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо обмежень у використанні допоміжних репродуктивних технологій : законопроект від 23.03.2011 р. № 8282. URL: http://search.ligazakon.ua/l_doc2.nsf/link1/JF6E200V.html.
16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо питань застосування допоміжних репродуктивних технологій : законопроект від 15.05.2020 р. № 3488. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc_4_1?pf3511=68850.

ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ЕЛЕКТРОННОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДОЧИНСТВА В УКРАЇНІ ТА ЗА КОРДОНОМ: ПОРІВНЯЛЬНИЙ АСПЕКТ

LEGAL REGULATION OF ELECTRONIC ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN UKRAINE AND ABROAD: A COMPARATIVE ASPECT

Янішевська К.Д., к.ю.н., доцент,
старший викладач кафедри кримінально-правових дисциплін та судочинства
Сумський державний університет

Стаття присвячена темі правового регулювання електронного адміністративного судочинства в Україні порівняно із системами електронного адміністративного правосуддя у провідних країнах світу, що є однією з актуальних проблем адміністративної юстиції. Збільшення з року в рік кількості справ, які перебувають у провадженні адміністративного суду, і, відповідно, вказане навантаження відкриває питання про збільшення продуктивності судової системи та прозорості правосуддя. Одним з найголовніших напрямів його вирішення є поступове впровадження інформаційних технологій. Ситуація, яка склалась у зв'язку з пандемією і глобальним карантинем, дала зрозуміти, що сучасні цифрові комунікації значно розширюють можливості, а їх еволюція та застосування у різноманітних сферах є пріоритетним завданням більшості провідних країн світу. Процес забезпечення системи адміністративних судів сучасними технологіями потребує правового та нормативно-методичного забезпечення щодо автоматизованих систем судів, зокрема процесів планування робіт, контролю й оцінки ефективності зазначених процесів. Оскільки Україна розпочала фазу активного виконання Угоди про асоціацію між Україною та ЄС, не оминає й зазначене питання, що є одним із завдань Європейського Союзу до обов'язкового виконання Україною щодо зближення національного законодавства із законодавством Європейського Союзу. Окрім цього, значну допомогу у запровадженні ефективного електронного адміністративного судочинства може надати досвід провідних країн світу (США та окремих країн Європейського Союзу), що мають чималий досвід у сфері впровадження інформаційних технологій у діяльність судів. Проаналізовано, що найефективніше електронне судочинство на тепер діє у Сполучених Штатах Америки. Доведено, що створення ефективного системи інформаційно-забезпечення діяльності адміністративних судів є запорукою безперервності та оперативності врегулювання спорів у сфері публічно-правових відносин, а впровадження дієвих інформаційних ресурсів адміністративного судочинства гарантує дотримання основних принципів адміністративного судочинства та прозорості розгляду і вирішення таких справ.

Ключові слова: адміністративний суд, електронне адміністративне судочинство, інформаційні технології, правове регулювання.

The article deals with the topic of legal regulation of electronic administrative proceedings in Ukraine compared with the systems of electronic administrative justice in the leading countries of the world, which is one of the urgent problems of administrative justice. The annual increase in the number of cases pending before the administrative court raises the issue of increasing the productivity of the judicial system and transparency of justice. One of the main areas for its solution is the gradual introduction of information technologies. The situation that has developed in connection with the pandemic and, accordingly, the global quarantine made it clear that modern digital communications significantly expand opportunities. Their evolution and application in various fields is a priority task for most of the leading countries. The process of providing the system of administrative courts with modern technologies requires legal and regulatory support for automated systems of courts, including planning work, monitoring, and evaluating the effectiveness of these processes. Since Ukraine has begun the phase of active implementation of the Association Agreement between Ukraine and the EU, this issue is also not bypassed, which is one of the tasks of the European Union for the compulsory implementation by Ukraine of steps to approximate national legislation with the legislation of the European Union. In addition, the experience of the leading countries of the world (the United States and individual countries of the European Union), which have extensive experience in implementing information technologies in the activities of courts, can provide significant assistance in the implementation of effective electronic administrative proceedings. It is analyzed that the most effective electronic litigation currently operates in the United States. It has been proved that the creation of an effective system of information support for the activities of administrative courts is the key to the continuity and the efficiency of the settlement of disputes in the field of public law relations and the introduction of effective information resources of administrative proceedings guarantees compliance with the basic principles of administrative proceedings and transparency of consideration and resolution of such cases.

Key words: administrative court, electronic administrative proceedings, information technology, legal regulation.

Україна, не відстаючи від більшості країн світу, докладає чимало зусиль, спрямованих на побудову концептуально нового, «інформаційного суспільства». Таке суспільство характеризується скеровуванням якомога більшої кількості живої комунікації в електронний, інформаційний світ. Однією з таких галузей є судочинство.

Впровадження ефективного електронного адміністративного судочинства в Україні неодноразово обговорювалось вітчизняними науковцями, практикуючими правниками, а також і самими суддями. Так, Секретар Великої Палати Верховного Суду В.С. Князев вказав на важливість цифрових технологій, без яких сучасне громадянське суспільство не уявляє свого життя, та зазначив, що Україна може стати однією з провідних країн у сфері розвитку цифрових технологій, що потребує створення сприятливих умов для цього [1].

6 жовтня 2020 року відбувся Саміт «Європейський Союз – Україна» щодо питання політичної асоціації та економічної інтеграції нашої держави з ЄС. Першість у обговорюваних питаннях була надана цифровій трансформації, що є запорукою сталого економічного зростання [2]. Також особливу увагу було звернено на обговорення

Доповнень XVII-3 до Угоди про асоціацію у частині правил, що застосовуються до телекомунікаційних послуг. Імплементация зазначених правил дозволить прискорити впровадження на державному рівні найсучасніших європейських стандартів у сфері електронних комунікацій з подальшою інтеграцією нашої країни до Єдиного цифрового ринку Європейського Союзу.

Варто зазначити, що інтенсивні законодавчі зміни в нашій країні сприяли впровадженню судової реформи, результатом якої є створення нової системи судів, що уповноважені здійснювати адміністративне судочинство. Також у ході реалізації судової реформи функціонування адміністративних судів було закріплено у Конституції України. Є цікавим той факт, що інші спеціалізовані суди безпосередньо не згадуються в Основному Законі. На нашу думку, таким чином держава виокремлює адміністративне судочинство як надзвичайно важливе для громадянського суспільства [3].

Світової практиці відоме ефективне впровадження електронного адміністративного судочинства. Більшість країн уже може похвалитись добре апробованими системами електронного правосуддя, які відповідають усім рів-

ням інформатизації судочинства. Практика електронного судочинства поширена у судових системах США, Великої Британії та країнах Європейського Союзу.

У США функціонує електронна судова система з вільним доступом – Public Access to Court Electronic Records (PACER) [4]. Зазначена система забезпечує доступ практично до всіх документів, поданих з 1999 року суддею або сторонами судового процесу в усі апеляційні суди США, окружні суди і суди у справах про банкрутство. Також можна слідкувати за перебігом розгляду справ та ухваленням рішень, переглядати календар призначених судових засідань. Для подачі судових документів в електронному вигляді з 2001 року функціонує система «Управління справою/Електронне дос'є справи» – Case Management/Electronic Case Files. Документи до суду надсилаються в pdf-форматі із застосуванням додатку CM/ECF через особистий кабінет, доступ до якого присвоюється паролем, який видає суд, що приймає документи.

У Великій Британії електронна подача документів до суду стала можливою з червня 2009 року. Для отримання електронних копій судових документів необхідно сплатити відповідний збір. Системи, схожої на «PACER», яку впроваджено в США, у Великобританії поки не створено [5, с. 28].

У Франції можливість електронного обміну документами (копії і виписки судових рішень) між судами стала доступною з прийняттям у 2005 році Нового кодексу цивільного процесу (Nouveau Code de procédure civile). Стаття 748-1 зазначеного кодексу містить загальне положення, що допускає передачу електронним чином сукупності документів і процесуальних актів [6]. Державна Рада Франції (вищий адміністративний суд країни) веде моніторинг стану надійності використовуваних технічних засобів.

У Польщі на офіційному вебсайті Міністерства юстиції розміщено окремий розділ щодо діяльності електронного судочинства. Також існує інформаційний портал, який є ніби єдиною точкою доступу до інформації з усіх питань, пов'язаних з участю особи у судовому процесі. З 1 січня 2010 р. у Польщі запроваджено електронний розгляд справ наказного провадження. Здійснення електронного розгляду справи закріплене в розділі VIII «Електронне наказне провадження» Цивільного процесуального кодексу Республіки Польща. Положенням кодексу також зазначено, що «справа розглядається в електронному провадженні, лише якщо позивач вирішить подати позов електронним шляхом». Згідно з § 2 ст. 505-30, «дії суду, судового секретаря та учасників процесу реєструються лише в інформаційно-телекомунікаційній системі, а дані, отримані у їх результаті в електронній формі, підтверджуються електронним підписом» [7].

Українська держава також докладає чимало зусиль, щоб не відставати від глобальної діджиталізації з використанням інформаційно-комунікаційних технологій у запровадженні електронного правосуддя.

Першими значними кроками України до втілення окремих елементів системи електронного адміністративного судочинства було впровадження пілотних проєктів для деяких судів. З часу прийняття наказу Вищого адміністративного суду України від 20.01.2015 р. № 3 «Про реалізацію проєкту щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу» було узгоджено порядок надсилання електронних документів між судом та учасниками судового процесу, окремо щодо надсилання судом таким учасникам процесуальних документів в електронному та паперовому (паралельно) вигляді [8].

О.В. Бринцев у своєму монографічному дослідженні наголошує на недостатності наукових досліджень з питань, пов'язаних з електронним судочинством, що, на його думку, сприяє розвитку українського законодавства у зазначеному напрямі. Саме це спричиняє невідповідність стану чинного нормативного поля високим запитам суспільства, що базуються на сучасному стані розвитку

інформаційно-комунікаційних технологій. Останнє ж набагато випереджає рівень, на якому натепер зупинилося чинне законодавство. Така невідповідність є одним із факторів збільшення невдоволення суспільства якістю державного управління, зокрема й роботою судової системи [9, с. 8].

Натепер нормативно-правовими актами, якими запроваджено окремі елементи «Електронного суду», є:

- Закон України «Про судоустрій і статус суддів» від 2 червня 2016 р. № 1402-VIII. Статтею 152 згаданого Закону вказано на повноваження державної судової адміністрації України щодо впровадження електронного суду; здійснення заходів щодо організації обміну електронними документами між судами та іншими державними органами і установами [10];

- Закон України «Про доступ до судових рішень» від 22 грудня 2005 р. № 3262-VI, у ст. 2 якого зазначено про запровадження обов'язкового відкритого оприлюднення в електронній формі всіх судових рішень [11];

- процесуальні кодекси: Господарський процесуальний кодекс України, Цивільний процесуальний кодекс України, Кодекс адміністративного судочинства України, Кримінальний процесуальний кодекс України;

- підзаконні акти, зокрема, Положення про Єдину судову інформаційну систему України, погоджене рішенням Ради суддів України від 25 грудня 2009 р. № 106 [12], Положення про автоматизовану систему документообігу суду, затверджене рішенням Ради суддів України від 2 квітня 2015 р. № 25 [13], охоплюють норми, які унормовують функціонування електронного судочинства на сучасному рівні.

Правова спільнота досить позитивно сприйняла одну з визначальних інновацій – направлення інформації щодо судового засідання через SMS-повідомлення. Врешті-решт, чільним у вказаному напрямі стало прийняття Закону, яким внесено зміни у процесуальні кодекси України, зокрема і до Кодексу адміністративного судочинства України, із запровадження електронного судочинства [14].

Окремо варто зупинитись на Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі, функціонування якої закріплене на законодавчому рівні, що може свідчити про впровадження сучасних елементів електронного адміністративного судочинства. Так, відповідно до ч. 4 ст. 18 Кодексу адміністративного судочинства України зазначена система забезпечує обмін документами (надсилання та отримання документів) в електронній формі між судами, між судом та учасниками судового процесу, а також фіксування судового процесу і участь учасників судового процесу у судовому засіданні в режимі відеоконференції. В учасників адміністративного процесу є можливість подавати докази в електронній формі та використовувати підтверджуючий електронний цифровий підпис, що є вимогою чинного законодавства. Більше того, документи можуть подаватися до суду, а процесуальні дії виконуватись в електронній формі із застосуванням вищезазначеної Єдиної судової інформаційно-телекомунікаційної системи. Для здійснення зазначених дій учаснику судового процесу необхідно зареєструватися у Єдиній системі з використанням офіційної електронної адреси.

Проте досі лишається відкритим питання про звернення громадян до адміністративного суду шляхом подання електронної позовної заяви. Так, відповідно до ст. 160 Кодексу адміністративного судочинства України зазначається про письмову форму позову без зазначення обов'язковості такої форми, що може свідчити про можливість створення документа в електронній формі [15].

Загалом можна зазначити, що електронне адміністративне судочинство в Україні ще перебуває на початковому етапі становлення, однак неможливо не вказати на те, що загальнодержавний карантин та вимушені карантинні заходи, які пов'язані з дистанційною роботою судів, стали значним

поштовхом для більш активного впровадження підсистеми «Електронний суд». Для більш високого рівня функціонування електронного судочинства необхідне запровадження можливості вчинення всіх процесуальних дій в електронному вигляді під час розгляду адміністративних справ, зокрема подання електронного адміністративного позову.

Таким чином, нині «електронний суд» реалізується через надання учасникам судового процесу певних можливостей, а саме: 1) отримання інформації про стадію розгляду судової справи; 2) надсилання процесуальних документів через електронну пошту сторонам судового процесу; 3) надсилання судових повісток засобами електронного або мобільного зв'язку; 4) сплата судового збору онлайн.

Також доцільно звернути увагу на думку Голови Касаційного адміністративного суду Верховного Суду М.І. Смоковича, котрий зазначив, що впровадження ефективної та потужної системи інформаційного забезпечення діяльності адміністративних судів – це міжнародна норма захисту суб'єктивних публічних прав учасників суспільних правовідносин. Також він окремо наголосив на використанні українськими судами у 2020 році найсучасніших засобів зв'язку, а саме апробованої системи відеоконференцзв'язку EasyCon, яка функціонує за допомогою кваліфікованого електронного підпису та дає змогу судам ідентифікувати особу [16].

Варто наголосити, що 30 грудня 2020 року на розгляд Президенту України передано Стратегію сталого розвитку

судової системи на 2021–2025 роки, розроблену Комісією з питань правової реформи із залученням представників експертного середовища. У Другому блоці питань зазначеної вище Стратегії наголошується на необхідності швидшого розвитку електронного судочинства, а саме запровадження можливості розгляду в режимі онлайн певних категорій справ, а також удосконалення інститутів альтернативного вирішення спорів [17].

Отже, Україна досить активно розпочала процес упровадження цифрового правосуддя, закріпивши на законодавчому рівні положення, які регулюють електронне адміністративне судочинство. Натепер чинні вітчизняні нормативно-правові акти дають можливість учасникам адміністративного процесу: подавати докази в електронній формі; використовувати електронний цифровий підпис; подавати у електронній формі процесуальні документи, у тому числі письмові та електронні докази тощо; а також вчиняти процесуальні дії. Умовою реалізації вказаних можливостей є реєстрація у Єдиній судовій інформаційно-телекомунікаційній системі. Для ініціювання нових елементів системи електронного судочинства варто звернути увагу на позитивний досвід провідних країн світу. Досліджений світовий досвід функціонування електронного правосуддя дає змогу вказати на ефективну його діяльність саме у Сполучених Штатах Америки, де запроваджена окрема електронна судова система.

ЛІТЕРАТУРА

1. Введення цифрових технологій у всі сфери суспільного життя необхідне вже сьогодні – Секретар ВП ВС Всеволод Князев. *Офіційний вебсайт Верховного Суду*. URL: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/611695/>
2. Спільна заява за підсумками 22-го Саміту Україна – ЄС. *Вебсайт Офіційного інтернет-представництва Президента України*. URL: <https://www.president.gov.ua/news/spilnazayava-za-pidsumkami-22-go-samitu-ukrayina-yes-64321>.
3. Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) : Закон України від 02.06.2016 № 1401-VIII. *Відомості Верховної Ради*, 2016, № 28, ст. 532.
4. Public Access to Court Electronic Records (PACER). URL: <https://www.pacer.gov/>.
5. Заплотинський Б.А. Електронне судочинство : конспект лекцій. Кафедра менеджменту та інформаційних технологій КІІВтаП НУ «ОЮА», 2018. 84 с.
6. Code de procédure civile, dernière mise à jour des données de ce code : 01 Janvier 2021. URL: https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070716/.
7. Kodeks postępowania cywilnego z dnia 17 listopada 1964 r. URL: <https://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19640430296/UD19640296Lj.pdf>.
8. Про реалізацію проекту щодо обміну електронними документами між судом та учасниками судового процесу : Наказ Вищого адміністративного суду України від 20.01.2015 р. № 3. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0003760-15#Text>.
9. «Електронний суд» в Україні. Досвід та перспективи : монографія / ред. О.В. Бринцев. Харків : Право, 2016. 72 с.
10. Про судоустрій і статус суддів від 02.06.2016 № 1402-VIII. *Відомості Верховної Ради*, 2016, № 31, ст. 545.
11. Про доступ до судових рішень від 22.12.2005 № 3262-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2006, № 15, ст. 128.
12. Рішення Ради суддів України від 25 грудня 2009 року № 106. URL: <http://lv.arbitr.gov.ua/rsu/rishennya/or680/>.
13. Про затвердження Положення про автоматизовану систему документообігу суду : рішення Ради суддів України від 2 квітня 2015 р. № 25. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0025414-15#Text>.
14. Про внесення змін до Господарського процесуального кодексу України, Цивільного процесуального кодексу України, Кодексу адміністративного судочинства України та інших законодавчих актів : Закон України від 03.10.2017 № 2147-VIII. *Відомості Верховної Ради*, 2017, № 48, ст. 436.
15. Кодекс адміністративного судочинства України : Кодекс від 06.07.2005 № 2747-IV. *Відомості Верховної Ради України*, 2005, № 35–36, № 37, ст. 446.
16. Електронне судочинство оперативно вирішує правові спори, а в сучасних умовах пандемії гарантує безпеку учасникам процесу. Судова влада України, 2020. URL: <https://court.gov.ua/press/news/1010319>.
17. На розгляд Президентові передано Стратегію сталого розвитку судової системи на найближчі п'ять років. URL: <https://www.president.gov.ua/news/na-rozglyad-prezidentovi-peredano-strategiyu-stalogo-rozvitku-sudovoi-sistemi-na-najblizhchi-pyat-rokiv>.

РОЗДІЛ 8

КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО ТА КРИМІНОЛОГІЯ; КРИМІНАЛЬНО-ВИКОНАВЧЕ ПРАВО

УДК 343.95

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/106>

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ВИЗНАЧЕННЯ ТЕРОРИЗМУ

CRIMINAL AND LEGAL DEFINITION OF TERRORISM

Арпентій С.П., старший науковий співробітник*Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України*

У статті розглядаються наукові розробки, міжнародні документи та кримінальне законодавство інших країн з метою пошуку науково обґрунтованих критеріїв поняття «тероризм».

За результатами здійсненого аналізу доводиться, що тероризм – це сукупність суспільно небезпечних діянь, передбачених Кримінальним кодексом України та міжнародними угодами, ратифікованими Верховною Радою України, які виражаються у вчиненні демонстративного насильства або в його погрозі з метою створення обстановки страху в населення та (або) примушення держави, міжнародної організації, фізичної та юридичної особи або групи осіб, які не є безпосередніми об'єктами такого насильства, до певної поведінки, або з метою дестабілізації чи зруйнування основних політичних, конституційних, економічних чи соціальних структур країни або міжнародної організації.

Обґрунтовано позицію, що сутність терористичних діянь полягає в залякуванні населення з метою спонукання адресатів впливу до прийняття вигідних для терористів рішень. І тут неможливо обмежити коло цих діянь переліком якихось конкретних складів злочинів. Такі спроби в концептуальному плані вважаються малопродуктивними, а в практичному – марними, оскільки, по-перше, це був би великий мінливий перелік, який потребував би постійного доповнення, по-друге, діяння, що підпадають під ознаки таких складів злочинів, в одних випадках матимуть терористичний характер, в інших – ні. Але якщо й може такий перелік мати певне місце, то лише в ілюстративному, а не обов'язковому плані, з двома обов'язковими застереженнями: по-перше, про те, що він лише приблизний, а, по-друге, про те, що не всі діяння, які підпадають під ознаки вказаних статей, є терористичними, а тільки ті, які відповідають встановленим у науці кримінального права критеріям терористичних злочинів загалом та злочинів терористичного характеру (терористичної спрямованості) зокрема.

Ключові слова: тероризм, злочини терористичної спрямованості, кримінальна відповідальність за тероризм, терористичний акт.

The article considers scientific developments, international documents and criminal legislation of other countries in order to find scientifically sound criteria for the concept of terrorism.

According to the results of the analysis, terrorism is a set of socially dangerous acts provided by the Criminal Code of Ukraine and international agreements ratified by the Verkhovna Rada of Ukraine, which are expressed in the commission of demonstrative violence or its threat to create fear of the population and/or coercion, an international organization, natural or legal person or group of persons who are not the direct objects of such violence, to certain behavior, or destabilize or destroy the main political, constitutional, economic or social structures of a country or international organization.

The position is substantiated that the essence of terrorist acts is to intimidate the population in order to motivate the recipients of influence to make decisions beneficial to terrorists. And here it is impossible to limit the scope of these acts to a list of any specific corpus delicti. Such attempts are conceptually considered unproductive, and in practice – futile, such as, firstly, it was created a large variable list, which would require constant addition, and secondly, the acts signed under the guise of such corpus delicti, in one in some cases they will be terrorist in nature, in others they will not. But even if such list may have a certain place, it is only in the illustrative, not the obligatory plan, with two obligatory reservations: first, that it is only approximate, and, secondly, that not all acts that fall under the characteristics of these articles are terrorist, but only those that meet the criteria established in the science of criminal law for terrorist crimes in general and crimes of a terrorist nature (terrorist orientation) in particular.

Key words: terrorism, terrorist crimes, criminal liability for terrorism, terrorist act.

Постановка проблеми. В умовах сучасних тенденцій зростання терористичної загрози для всіх без винятку демократичних країн крайнє важливо мати розвинену антитерористичну законодавчу базу, яка чітко регламентує діяльність уповноважених суб'єктів боротьби з тероризмом із забезпечення національної безпеки України.

Відсутність законодавчого вирішення проблеми категоріально-понятійного апарату у сфері боротьби з тероризмом, заплутаність цієї проблеми в теорії слугують сприятливим підґрунтям для чисельних помилок у практиці. Реалією нашого часу є розподіл функцій у боротьбі зі злочинністю між різними самостійними міністерствами і відомствами, що потребує добре налагодженої координації їхньої діяльності, взаємодії, зворотного зв'язку між ними. За часів адміністративно-командної системи переважала відомча самоізоляція. Це породило не тільки відомчий підхід до вирішення задач боротьби зі злочинністю, але й певне суперництво за кращі показники своєї роботи, яке зберігається й дотепер. Відсутність чіткого розмежування компетенції правоохоронних структур у сфері боротьби з тероризмом призводить або до дублювання

певних оперативних заходів, або навпаки, до ігнорування тих чи інших питань під приводом, що вони не належать до завдань, які повинні вирішувати ці відомства.

Беззаперечною умовою підвищення ефективності запобігання тероризму є чітке визначення об'єкта спрямувань наявних спеціальних сил та засобів правоохоронних органів. Тому, за відсутності загально визнаного поняття тероризму на міжнародному рівні нагальною проблемою є пошук такого його визначення, яке дозволило хоча б на національному рівні сформувавши чіткі критерії відмежування тероризму від інших соціальних явищ і визначитися з переліком злочинів, які здійснюються з терористичною метою.

Мета статті – на тлі відсутності загально визнаної дефініції тероризму як кримінального явища розглянути наукові розробки, міжнародні документи та кримінальне законодавство інших країн з метою пошуку науково обґрунтованих критеріїв цього явища.

Аналіз основних досліджень і публікацій. Питанню кримінально-правової та кримінологічної характеристики злочинів, віднесених до терористичної діяльності, присвячено праці багатьох вітчизняних науковців: В. Анти-

пенка, О. Багрій-Шахматова, О. Бантишева, В. Борисова, А. Данилевського, В. Ємельянова, В. Журавльова, В. Коваленка, В. Комісарова, В. Крутова, В. Кубальського, С. Кузьміна, Б. Леонова, І. Рижова, Б. Романюка, С. Мохончука, Л. Новикової, М. Рибачука, Л. Сав'юка, М. Семикіна, О. Семенюка, В. Тихого, О. Шамари та інших.

Виклад основного матеріалу. Проблема категоріально-понятійного апарату у сфері боротьби з тероризмом нерозривно пов'язана з аналізом злочинних діянь, так званого «інструментарію» терористичних організацій, за допомогою якого досягається мета «політичного насильства». Огляд наукової літератури, міжнародних документів і кримінального законодавства ряду країн показує, що законодавці цих країн пішли двома шляхами криміналізації тероризму, одним з яких є кримінальна заборона його окремих насильницьких проявів у різних статтях кримінального кодексу, іншим – нормативне закріплення тероризму як окремого злочину.

Так, у міжнародному кримінальному праві в ході багаторічної роботи з вироблення міжнародних кримінально-правових механізмів боротьби з тероризмом прийнято цілу низку міжнародних конвенцій з даної проблематики, зокрема: Конвенцію про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден, підписану в Гаазі 16 грудня 1970 р., Конвенцію про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки цивільної авіації, укладену в Монреалі 23 вересня 1971 р., Конвенцію про запобігання та покарання злочинів проти осіб, які користуються міжнародним захистом, у тому числі дипломатичних агентів, прийняту в Нью-Йорку 14 грудня 1973 р., Міжнародну конвенцію про боротьбу із захопленням заручників, прийняту в Нью-Йорку 17 грудня 1979 р., Конвенцію про фізичний захист ядерного матеріалу, прийняту в Відні 3 березня 1980 р., Протокол про боротьбу з незаконними актами насильства в аеропортах, які обслуговують міжнародну цивільну авіацію, укладений у Монреалі 24 лютого 1988 р., Конвенцію про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки морського судноплавства, укладену в Римі 10 березня 1988 р., Протокол про боротьбу з незаконними актами, спрямованими проти безпеки стаціонарних платформ, розташованих на континентальному шельфі, укладений у Римі 10 березня 1988 р., Міжнародну конвенцію про боротьбу з бомбовим тероризмом, прийняту в Нью-Йорку 15 грудня 1997 р., Міжнародну конвенцію про боротьбу з фінансуванням тероризму, прийняту в Нью-Йорку 9 грудня 1999 р., Міжнародну конвенцію про боротьбу з актами ядерного тероризму, прийняту 13 квітня 2005 р. [1].

Аналіз цих документів показує, що міжнародне право не криміналізує поняття тероризму, а пішло шляхом кримінальної заборони окремих видів терористичної діяльності. Подібний спосіб нормативної заборони окремих проявів тероризму обрали законодавці більшості країн. Наприклад, у США в Законі про боротьбу з тероризмом і застосування смертної кари 1996 р. розкриваються різні форми терористичної діяльності. Зазначивши як кваліфікуючу ознаку мету скоєння терористичної акції, законодавець дає відносно широкий перелік раніше криміналізованих діянь (більше 30), які можуть бути автоматично віднесені до розряду терористичних, якщо вони скоєні з метою здійснення тиску на уряд США, як помсту або ускладнення його нормальної діяльності [2, с. 25–26].

Норми міжнародного кримінального права, спрямовані на боротьбу з тероризмом, значною мірою імplementовані в Кримінальний кодекс України. До числа закріплених у ньому складів злочинів терористичного характеру слід, зокрема, віднести: посягання на життя державного чи громадського діяча (ст. 112), захоплення заручників (ст. 147), створення злочинної організації (ст. 255), терористичний акт (ст. 258), втягнення у вчинення терористичного акту (ст. 258-1), публічні заклики до вчинення терористичного акту (ст. 258-2), створення терористичної групи чи терорис-

тичної організації (ст. 258-3), сприяння вчиненню терористичного акту (ст. 258-4), завідомо неправдиве повідомлення про загрозу безпеці громадян, знищення чи пошкодження об'єктів власності (ст. 259), створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань (ст. 260), напад на об'єкти, на яких є предмети, що становлять підвищену небезпеку для оточення (ст. 261), погроза вчинити викрадення або використати радіоактивні матеріали (ст. 266), посягання на життя представника іноземної держави (ст. 443), злочини проти осіб та установ, що мають міжнародний захист (ст. 444), та деякі інші діяння. За відповідної мотивації терористичну спрямованість можуть отримати і злочини, передбачені ст. ст. 441 (екоцид), 442 (геноцид), 447 (найманство) та ін.

Разом із тим відсутність правових критеріїв тероризму та правової норми в жодному законодавчому акті України, яка би відносила до терористичних злочинів перелічені статті, породжує з цього приводу чисельні суперечки. Одна група дослідників вважає, що з метою правового закріплення ознак тероризму необхідно доповнити Кримінальний кодекс окремою статтею, яка передбачає відповідальність за тероризм, інші – шукають юридичні критерії, за якими відносять до тероризму вже криміналізовані національним законодавством діяння.

Так, представники Національної академії внутрішніх справ України – автори наукового дослідження «Тероризм: сучасний стан та міжнародний досвід боротьби» – вважають, що терористичний акт – це одноразова акція тероризму. Виходячи з цього, вони вважають, що ст. 258 Кримінального кодексу України повинна бути бланкетною і містити посилення на Закон України «Про боротьбу з тероризмом» і міжнародні угоди. При цьому, виходячи з викладеної цими авторами позиції, вона повинна називатися не «Терористичний акт», а «Тероризм», під яким «визнається організація озброєних угруповань з метою досягнення будь-якої політичної мети шляхом демонстративних вбивств невинних мирних громадян, спричинення шкоди їх здоров'ю, застосування до потерпілих жорстоких тортур, а також учинення вибухів, підпалів, захоплення заручників або інших загальнонебезпечних дій, визнаних такими міжнародними угодами, ратифікованими Верховною Радою України, а також погроза вчинити такі дії в умовах реальної можливості їх учинення» [3, с. 31].

Така дефініція, на нашу думку, представляється неправомірною, оскільки, з одного боку, вона включає занадто загальну характеристику тероризму як соціального явища, з іншого – містить політичний мотив, який суттєво звужує можливість кваліфікації за статтею «Тероризм» подібних злочинних дій за іншими мотивами (релігійними, корисливими, помсти тощо). Крім цього, запропонована дефініція ґрунтується на переліченні складів злочинів терористичного характеру (тільки деяких, але далеко не всіх), що викликає запитання щодо критерію пріоритетності зазначених форм терористичної діяльності та порушує принцип економності під час опису складу злочину. Без відповіді залишається і питання щодо кваліфікації дій терористичного характеру, які повністю охоплюються цією статтею, але вчинені одноособово тим, що не є членом такого озброєного угруповання, та без узгодження своїх дій із терористичним формуванням.

Досліджуючи тероризм із позицій кримінально-правового підходу і порівнюючи законодавчу базу, що регламентує боротьбу з тероризмом у державах колишнього СРСР, В.П. Ємельянов робить висновок, що дати визначення тероризму шляхом перелічення альтернативних ознак загального характеру не є можливим. Це можна зробити лише в результаті розроблення системи взаємопов'язаних ознак, які визначають основні характеристики даного діяння і дозволяють відмежовувати їх від суміжних діянь. Такими ознаками тероризму є: 1) вчинення загальнонебезпечних діянь або погроза такими, що породжує суспільну

небезпеку; 2) публічний характер виконання з претензіями на широкий розголос; 3) навмисне створення обстановки страху, напруженості на соціальному рівні, направлене на залякування населення або його частини; 4) застосування загальнонебезпечного насильства у відношенні одних осіб (безвинних жертв) або майна з метою примушення до певної поведінки інших осіб. З урахуванням зазначених ознак В. Ємельянов пропонує таке визначення складу злочину: «Тероризм, тобто вчинення або погроза вчинення вибуху, підпалу або інших суспільно небезпечних дій, що можуть спричинити загибель людей або інші тяжкі наслідки, і спрямованих на залякування населення з метою примушення держави, міжнародної організації, фізичної або юридичної особи або групи осіб до вчинення або відмови від вчинення якої-небудь дії» [4, с. 44–45].

На наш погляд, основним недоліком цього визначення є безальтернативна наявність такої мети, як виконання або відмова від виконання певних дій з боку держави, міжнародної організації, фізичної або юридичної особи або групи осіб. Тобто залякування виступає тільки в ролі засобу досягнення зазначеної мети. За сучасних умов «залякування» стає вже не тільки методом, але й метою терористів. При цьому можуть вирішуватися різні завдання: з одного боку, паралізувати волю людей, внести дезорганізацію, зруйнувати соціальний мир, а з іншого – паралізувати свою безкомпромісність і рішучість, довести свою психологічну перевагу, підірвати довіру громадян до органів влади через нібито їх неспроможність ефективно протистояти терористам. В окремих випадках дії терористів спрямовуються саме й виключно на створення стану жаху без додаткових вимог щодо вчинення або відмови від вчинення якої-небудь дії. Адже ніхто не ставить під сумнів, що події 11 вересня 2001 року в Нью-Йорку є нічим іншим, як проявом тероризму, але вже більше 20-ти років жодна з терористичних організацій не взяла на себе відповідальність за цей терористичний акт та не висунула будь-яких вимог. Тобто метою терористів-камікадзе, які спрямували свої літаки на башти-близнюки ВТЦ, була деморалізація суспільства, створення обстановки страху непередбачуваністю своїх дій, методами та засобами нападу. Не випадково Е. Арегача визначав тероризм як акти, що самі по собі являються традиційними формами загальнокримінальних злочинів, але вчинені свідомо з метою спричинити паніку, безлад і терор в організованому суспільстві, паралізувати протидію терору з боку сил суспільства та інтенсифікувати його біди і страждання [5, с. 70].

Такий підхід до мотивів тероризму знаходить повне підтвердження в міжнародно-правових документах. Так, у відповідності до ст. 1 Рамкового рішення Ради ЄС «Про боротьбу з тероризмом» (2002/475/JAI від 13 червня 2002 р.) кожна держава-член повинна вжити необхідних заходів до того, щоб «передбачені пунктами «а»–«і» умисні діяння, кваліфікація яких як злочинних установлена національним правом, були визнані як терористичні злочини, коли ці діяння за своїм характером чи за обстановкою здатні завдати серйозної шкоди країні або міжнародній організації і відбуваються з метою:

- серйозно злякати населення або
 - неправомірним чином змусити публічну владу чи міжнародну організацію вчинити яку-небудь дію або утриматися від її вчинення, або
 - серйозно дестабілізувати чи зруйнувати основні політичні, конституційні, економічні чи соціальні структури країни чи міжнародної організації:
- а) посягання на життя людей, здатні спричинити смерть;
 - б) тяжкі посягання на здоров'я людей;
 - в) викрадення людини або захоплення заручника;
 - г) великі руйнування урядової чи публічної споруди, транспортної системи, інфраструктури, включаючи інформаційну систему, стаціонарної платформи, розташованої

на континентальному шельфі, місця громадського користування або приватної власності, коли ці діяння здатні викликати небезпеку для життя людей або нанести значні економічні збитки;

е) захоплення повітряних, морських суден, інших засобів громадського чи вантажного транспорту;

ф) виготовлення, володіння, придбання, перевезення, постачання або використання вогнепальної зброї, вибухових речовин, ядерних, біологічних чи хімічних боєприпасів, а також (щодо біологічних і хімічних боєприпасів) проведення заходів щодо їх дослідження і розроблення;

г) вивільнення в навколишнє середовище небезпечних речовин або спроба викликати пожежу, повінь, вибух, якщо в результаті цього створюється небезпека для життя людей;

h) порушення або тимчасове припинення постачання води, електроенергії чи будь-якого іншого природного ресурсу, що має життєво важливе значення, в результаті чого створюється небезпека для життя людей;

і) погроза здійснити одне з діянь, перерахованих у пунктах «а»–«h» [6, с. 3].

У цьому документі чітко і, на наш погляд, цілком правильно визначаються цілі тероризму, а також його можливі форми (хоча далеко не всі). З урахуванням цього, а також вищевикладених нами заперечень на запропоновані дефініції тероризму як окремого складу злочину, можна констатувати, що спроби відобразити в окремій статті КК всю полігамність мотивів тероризму та всі можливі його прояви, які постійно вдосконалюються та розширюються, не призводять до позитивного результату, і такий підхід, на нашу думку, є безперспективним.

Ще в 1994 р. у ході проведення «круглого столу» в Інституті держави і права під егідою редакції журналу «Держава і право» А.В. Наумов висловив думку, що «навіть чи є потреба в загальному кримінально-правовому визначенні тероризму, оскільки в діючому Кримінальному кодексі немає нестачі в нормах про відповідальність за тероризм. Навпаки, може йтися навіть про певний їх надлишок» [7, с. 33].

В.В. Крутов, характеризуючи сучасний тероризм, зазначає, що в теоретичному плані тероризм як багатомірне й багаторівневе явище є сукупним поняттям, що відображає різні форми й види терористичних злочинів. При цьому автор пропонує розглядати тероризм як типологічну категорію, що поєднує злочини, реалізація яких тягне за собою широкий спектр наслідків [8, с. 6, 9]. Такого підходу дотримується більшість дослідників, які вважають, що в межах кримінального права під тероризмом слід розуміти лише конкретні склади злочинів терористичної спрямованості. Загальне ж поняття тероризму доцільно розробити в рамках кримінології та пов'язаних з нею соціальних наук, які на відміну від формальних і чітких меж кримінального закону із самого початку надають більший простір для пошуку наукової дефініції [9, с. 381–382].

Але розуміння тероризму як сукупного поняття вже криміналізованих злочинних діянь породжує нові суперечки з приводу того, які саме злочини є терористичними. Ряд фахівців вважає, що віднесення злочинів до так званої категорії «терористичної спрямованості» необхідно проводити за об'єктивною стороною чи об'єктом злочинних посягань. Наприклад, В. Антипенко за цією ознакою до злочинів терористичної спрямованості відносить такі статті КК України: 109, 110, 112, 113, 115, 129, 147, 161, 171, 178, 187, 189, 195, 236, 255, 257, 258, 259, 260, 261, 263, 265, 266, 269, 274, 276, 278, 279, 280, 289, 292, 294, 321, 326, 341, 344, 345, 346, 349, 352, 355, 362, 379, 398, 400, 405, 433, 438, 441, 442, 443, 444, 446 тощо) [10, с. 361].

В. Крутов вважає, що вичерпний перелік статей КК України (адаптація статей до нового КК зроблена автором), з якими можна пов'язати терористичні прояви, виглядає таким чином: ст. 110, 111, 112, 113, 115, 129, 147, 186, 187, 189, 257, 259, 277, 278, 279, 280, 292, 294,

295, 296, 341, 345, 347, 350, 377, 386, 391, 392, 443 КК України [11, с. 49–51].

У своїй монографії «Відповідальність за вчинення терористичної діяльності за кримінальним законодавством України» О.В. Шамара зазначає, що в застосуванні терміна «терористична діяльність» автор насамперед має на увазі злочини, передбачені статтями 258–258-5 КК України [12, с. 9–10].

Таким чином, тільки математичний порівняльний аналіз злочинів терористичної спрямованості в розумінні цих авторів (у Антипенка – 53, у Крутова – 29, у Шамари – 6) показує, що виокремлення злочинів терористичної спрямованості лише за їхніми об'єктивними ознаками кожного разу будуть призводити до різних результатів, які залежатимуть від суб'єктивної думки дослідника про віднесення тих чи інших злочинів до терористичних.

В. Ємельянов пропонує проведення цього розподілу за такою специфічною ознакою діяння, як «спрямованість дії на залякування з метою досягнення інших, крім насильницьких дій, цілей», тобто за суб'єктивною стороною. З урахуванням цього «статі злочинами терористичного характеру діяння можуть кожного разу, якщо вони являються для винного не самоціллю, а засобом досягнення іншої цілі, яка не знаходиться у прямиому і безпосередньому зв'язку із цим діянням, коли вони служать важелем впливу, залякування і примушення шляхом їх скоєння до прийняття будь-якого рішення або утримання від нього». Так, на думку цього науковця, «ознаки тероризування можуть набути крадіжка майна або документів з метою використання цієї обставини як засобу впливу на потерпілого або його близьких; скоєння або замах скоєння у присутності потерпілого статевих злочинів проти його близьких з метою схилення його до прийняття будь-якого рішення; організація розбійних нападів, підпалів та інших насильницьких дій з метою примушення потерпілого погодитись на будь-яку угоду з винним; залишення людини без допомоги з метою схилення зацікавлених осіб до вигідної для винного поведінки» [13, с. 61–62]. Отже, якщо слідувати думці В.П. Ємельянова, до злочинів терористичної спрямованості можна віднести будь-який злочин, передбачений КК України. Але такий розширений підхід до тероризму не тільки не сприяє активізації боротьби із цим явищем, а навпаки, розпоршує сили і засоби відповідних правоохоронних структур, передбачених Законом України «Про боротьбу з тероризмом».

Правоохоронцям, які безпосередньо здійснюють боротьбу з тероризмом, щоб не діяти за принципом «ося-

нути неосяжне», необхідно мати чітке уявлення, які саме злочини відносяться до терористичних. Для цього, на нашу думку, необхідно визначити та нормативно закріпити специфічні кримінально-правові ознаки злочинів терористичної спрямованості, які дозволять об'єднати їх в єдиний кримінально-правовий інститут на основі загальних рис, що притаманні об'єкту посягання, об'єктивній та суб'єктивній сторонам даних злочинів. Поняття тероризму, з одного боку, повинно відображати всі його суттєві ознаки як соціального явища, з іншого – воно повинно виконувати функцію певного інструмента, за допомогою якого можна визначити, чи відноситься конкретний злочин до тероризму.

Висновки. Як сумарний варіант викладених позицій найбільш прийнятним щодо цілей нормативного охоплення всього різноманіття терористичних злочинів представляється таке визначення тероризму: тероризм – це сукупність суспільно небезпечних діянь, передбачених Кримінальним кодексом України та міжнародними угодами, ратифікованими Верховною Радою України, які виражаються у вчиненні демонстративного насильства або його погрози з метою створення обстановки страху в населення та (або) примушення держави, міжнародної організації, фізичної та юридичної особи або групи осіб, які не є безпосередніми об'єктами такого насильства, до певної поведінки, або з метою дестабілізувати чи зруйнувати основні політичні, конституційні, економічні чи соціальні структури країни чи міжнародної організації.

Сутність терористичних діянь полягає в залякуванні населення з метою спонукання адресатів впливу до прийняття вигідних для терористів рішень. І тут неможливо обмежити коло цих діянь переліком якихось конкретних складів злочинів. Такі спроби в концептуальному плані вважаються малопродуктивними, а в практичному – марними, оскільки, по-перше, це був би великий мінливий перелік, який потребував би постійного доповнення, по-друге, діяння, що підпадають під ознаки таких складів злочинів, в одних випадках матимуть терористичний характер, в інших – ні. Але якщо й може такий перелік мати певне місце, то лише в ілюстративному, а не обов'язковому плані, з двома обов'язковими застереженнями: по-перше, про те, що він лише приблизний, а, по-друге, про те, що не всі діяння, які підпадають під ознаки вказаних статей, є терористичними, а тільки ті, які відповідають встановленим у науці кримінального права критеріям терористичних злочинів загалом та злочинів терористичного характеру (терористичної спрямованості) зокрема.

ЛІТЕРАТУРА

1. Правові основи боротьби з тероризмом: Збірник документів. Київ : СБ України, 2006. 519 с.
2. Лунеев В.В. Тероризм и организованная преступность: национальные и транснациональные аспекты. *Организованная преступность, тероризм и коррупция* : Криминологический ежеквартальный альманах. Москва : Юристъ, 2003. Вип. 2. С. 21–39.
3. Тероризм: сучасний стан та міжнародний досвід боротьби / В.П. Журавльов та ін. Київ : Національна академія внутрішніх справ, 2003. 452 с.
4. Емельянов В.П. Терористический акт и акт терроризма: понятие, соотношение и разграничение. *Інформаційний бюлетень*. 2002. № 7. С. 43–46
5. The Indian journal of International Law. 1997 r. Von XVIII 1.P.70.
6. Journal officiel des Communautés européennes L 164 du 22.6.2002, P. 3. / перевод и примечания А.О. Четверикова. URL: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-po-pravu-evropejskogo-soyuzaramechnoe-reshenie-soveta-o-borbe-s-terrorizmom-perevod-chetverikova-a-o/>
7. «Круглый стол» журнала «Государство и право»: Тероризм: психологические корни и правовые оценки. *Государство и право*. 1995. № 4. С. 33.
8. Крутов В.В. Концептуальні засади протидії тероризму в сучасних умовах. *Державна безпека України* : Науково-практичний збірник НАН України і СБ України. 2005. № 1(3). С. 5–14.
9. Устинов В.В. Международный опыт борьбы с терроризмом: стандарты и практика. Москва : ООО Издательство «Юрлитинформ», 2002. 560 с.
10. Антипенко В.Ф. Борьба с современным терроризмом: международно-правовые подходы. Киев : Издательство «Юнона-М», 2002. 723 с.
11. Крутов В.В. Теоретико-правовые и тактико-специальные проблемы борьбы с терроризмом (опыт системного исследования) : монографія. Киев : Изд-во Академия СБУ, 1998. 284 с
12. Шамара О.В. Відповідальність за здійснення терористичної діяльності за кримінальним законодавством України : монографія. Київ : Видавничий дім «Артек», 2014. 280 с.
13. Емельянов В.П. Тероризм и преступления с признаками терроризирования: уголовно-правовое исследование. Санкт-Петербург : Издательство «Юридический центр Пресс», 2002. 291 с.

ПРИЧИНИ ТА УМОВИ СКОЄННЯ СЛУЖБОВИМИ ОСОБАМИ ЗЛОЧИНІВ У СФЕРІ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

CAUSES AND CONDITIONS OF COMMUNICATION OF OFFICIALS OF CRIMES IN THE FIELD OF ECONOMIC ACTIVITY

Бахновська І.П., к.ю.н.,
доцент кафедри права

*Вінницький торговельно-економічний інститут
Київського національного торговельно-економічного університету*

Білоус І.М., к.ю.н.,
доцент кафедри права

*Вінницький торговельно-економічний інститут
Київського національного торговельно-економічного університету*

Стаття присвячена дослідженню причин та умов вчинення службовими особами злочинів у сфері господарської діяльності, що є необхідним чинником для визначення системи протидії цьому негативному явищу. Проаналізовано сучасний стан вивчення причин та умов злочинів у сфері господарювання України. Встановлено фактори, які детермінують злочинність, відрізняються між собою не тільки за ступенем криміногенної дії на злочинність, а й за характером.

З'ясовано, що умовами, які сприяють скоєнню службовими особами злочинів у сфері господарської діяльності, є явища, процеси, що необхідні для дії причин такого виду злочинів, приводять у дію ці причини, а саме недоліки у регуляторному законодавстві. Наголошено, що причиною злочинів є сформована під впливом різних негативних явищ і процесів антисуспільна установка у свідомості особи, яка спричинила в неї рішучість вчинити злочин або призвела до скоєння злочину.

Проаналізовано поняття «детермінація», «причини й умови, фактори злочинності». З'ясовано, що детермінація являє собою найбільш загальну категорію, яка характеризує залежність одних явищ і процесів від інших. Наголошено на тому, що фактори, які сприяють вчиненню злочинів службовими особами у сфері господарської діяльності, об'єднують у такі групи: політико-правові, соціально-економічні, організаційно-управлінські, морально-психологічні.

Визначено, що сутність причин злочинів, вчинених службовими особами у сфері господарської діяльності, виявляється у тому, що певні суспільні явища та процеси, впливаючи на формування негативних поглядів і установок у поєднанні з криміногенною мотивацією, зумовлюють злочинну діяльність. Злочинність складається з комплексу взаємопов'язаних і взаємозумовлених умов і причин, що з урахуванням криміногенної ситуації у своїй сукупності й зумовлюють вчинення суспільно небезпечних діянь у сфері службової діяльності. Наголошено, що встановлення змісту та сфери існування відповідних факторів скоєння злочинів службовими особами у сфері господарської діяльності має значення для розробки адекватних заходів протидії злочинності.

Ключові слова: детермінанти, причини та умова злочинності, суб'єктивний та об'єктивний характер правопорушення, детермінанти економічного характеру, детермінанти політико-правового характеру, детермінанти соціального характеру, правосвідомість.

The article is devoted to the study of the causes and conditions of committing crimes by officials in the field of economic activity, which is a necessary factor in determining the system of counteraction to this negative phenomenon. The current state of studying the causes and conditions of crimes in the sphere of economy of Ukraine is analyzed. The factors that determine crime differ not only in the degree of criminogenic effect on crime, but also in nature.

It was found that the conditions that contribute to the commission of crimes by officials in the field of economic activity are the phenomena, processes that are necessary for the action of the causes of this type of crime, trigger these causes, namely shortcomings in regulatory legislation. It is emphasized that the cause of crimes is the anti-social attitude formed under the influence of various negative phenomena and processes in the mind of a person, which caused him determination to commit a crime or led to the commission of a crime.

The concepts of determination, causes and conditions, factors of crime are analyzed. Determination has been found to be the most general category that characterizes the dependence of some phenomena and processes on others. It is emphasized that the factors that contribute to the commission of crimes by officials in the field of economic activity are grouped into the following groups: political and legal, socio-economic, organizational and managerial, moral and psychological.

It is determined that the essence of the causes of crimes committed by officials in the field of economic activity is manifested in the fact that certain social phenomena and processes, influencing the formation of negative views and attitudes, in combination with criminogenic motivation cause criminal activity. Crime is a set of interrelated and interdependent conditions and causes that, taking into account the criminogenic situation in its entirety and lead to the commission of socially dangerous acts in the sphere of official activity.

It is emphasized that the establishment of the content and scope of the relevant factors of crime committed by officials in the field of economic activity, is important for the development of adequate measures to combat crime.

Key words: determinants, causes and conditions of crime, subjective and objective nature of the offense, determinants of economic nature, determinants of political and legal nature, determinants of social nature, legal awareness.

Постановка проблеми. Проблема детермінації злочинів, скоєних службовими особами у сфері господарської діяльності, має велике практичне значення в протидії злочинності загалом. Всебічне вивчення цього правового феномена не лише з точки зору кримінального права, а й кримінології передбачає протидію злочинам, скоєним службовими особами у сфері господарської діяльності.

В умовах перехідної економіки в нашій державі законодавство у сфері господарських відносин має значну кількість прогалин, отже, це дає реальну можливість неза-

конного збагачення. Таким чином, вивчення причин і умов скоєння злочинів службовими особами у сфері господарської діяльності сприятиме ефективній протидії злочинності зазначеної сфери під час проведення як оперативно-розшукових заходів, так і слідчих (розшукових) дій. Крім того, дає можливість правильно розв'язувати проблеми щодо індивідуальної відповідальності та покарання, виявляти причини й умови, що впливають на скоєння злочинів службовими особами у сфері господарської діяльності.

Ефективне запобігання злочинності насамперед потребує чіткого розуміння причин (причини) або каузальності

злочинів, скоєних службовими особами у сфері господарської діяльності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання службової злочинності з позицій різних наук кримінально-правового циклу раніше розглядалися такими вітчизняними та іноземними фахівцями, як: Ю. Антонян, В. Голіна, П. Дагель, І. Даньшин, А. Долгова, О. Джужа, В. Дрьомін, М. Дунас, А. Закалюк, А. Задорожний, В. Кудрявцев, Н. Кузнецова, Г. Кулик, М. Клинарда, Г. Кайзера, Н. Лейкіна, Г. Мінковський, Ч. Ломброзо, В. Лунєєв, І. Ной, В. Сисоєв, П. Шнайдер та ін.

Окремі кримінально-правові аспекти, пов'язані зі злочинами, скоєними службовими особами у сфері господарської діяльності, частково досліджено в працях А. Смирнової «Кримінологічні проблеми попередження злочинності у сфері підприємницької діяльності» (2002 р.), О. Кальмана «Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження» (2004 р.), О. Титаренка «Проблеми боротьби з економічними злочинами у вугільній промисловості» (2006 р.), Ю. Левченка «Запобігання злочинам, що вчиняються у нафтогазовому комплексі України» (2008 р.), В. Ставінського «Кримінологічна характеристика та запобігання злочинам у нафтогазовому комплексі» (2012 р.), А. Задорожного «Запобігання злочинам у сфері службової діяльності» (2013 р.), О. Бусол «Протидія корупційній злочинності в Україні у контексті сучасної антикорупційної стратегії» (2015 р.).

Зазвичай увага одних дослідників фокусується на окремих аспектах запобігання економічним злочинам, що вчиняються службовими особами, вони концентрують свої зусилля переважно на кримінально-правових аспектах проблеми (визначають складники складу кожного злочину, які характеризують злочини, що скоєні службовими особами у сфері господарської діяльності). Інші дослідники акцентують увагу на особі злочинця, на проблемних аспектах кримінологічної характеристики корупційної злочинності та визначенні дієвих механізмів боротьби з нею та не можуть повною мірою розкрити специфіку службової злочинності у сфері господарської діяльності як складного соціально-правового явища. Крім того, наукові пошуки причин та умов, що впливають на скоєння злочинів службовими особами у сфері господарської діяльності, не вичерпали коло наявних теоретичних проблем запобігання злочинам у сфері господарської діяльності, що вчиняються службовими особами, а окремі їх положення потребують подальшого розроблення.

Формування цілей. Мета статті – дослідити процес детермінації злочинів, скоєних службовими особами у сфері господарської діяльності, а також закономірність причин та умов, що сприяють скоєнню злочину, та класифікувати фактори, які детермінують злочинність, відрізняють її між собою для забезпечення підвищення ефективності діяльності, спрямованої на запобігання злочинності в Україні.

Вклад основного матеріалу. Детермінація злочинності є багатогранною, яка охоплює різні суспільні відносини, процеси, що є предметом дослідження таких суспільних наук, як: філософія та психологія, а також соціологія та соціальна психологія. Розв'язання проблеми детермінації злочинів у сфері господарської діяльності викликає необхідність дослідження основних суспільних економічних процесів, ринкових утворень, суспільної діяльності, що здійснюється службовими особами у сфері господарювання [10, с. 22].

Загалом у кримінології поняття «причини злочинності» охоплює комплекс взаємодіючих детермінант, які зумовлюють злочинність.

Наука кримінологія під причинами злочинності розуміє соціально-психологічні обставини, які безпосередньо породжують і відтворюють злочинність та злочини як свій закономірний наслідок. Умови злочинності – це комплекс явищ, які самі по собі не можуть породити злочинність,

але слугують певними обставинами, що сприяють її виникненню та існуванню [14, с. 45].

Більшість авторів пропонують використовувати термін «детермінація злочинності», коли йдеться про причини та умови злочинності. Як зазначають О. Бандурка і Л. Давиденко, поняття детермінації є похідним від слів «детермінант», «детермінувати».

Поряд із термінами «детермінанти», «обставини» в різноманітних значеннях використовується термін «фактор» – це причина, рушійна сила процесу, яка визначає його характер, окремі риси; група причин, об'єднаних якоюсь ознакою. Ми поділяємо думку тих авторів, які розуміють фактор і як причину, і як умову (необхідну й супутню), і як явище, яке перебуває з ними у функціональному зв'язку, а також визначений стан соціальних процесів та явищ, їх взаємозумовлених сполучень [1, с. 32–33].

У кримінології наявні різні підходи (Д. Бахарев) [2, с. 23], А. Бойко) [3, с. 17], А. Долгова [6, с. 252–258]) до класифікації теорій (концепцій) детермінації злочинності.

На наш погляд, детермінанти, що спонукають до скоєння злочинів, як правило, – це об'єктивні і суб'єктивні явища, котрі активізують психічну діяльність особи на кримінальну поведінку, котрі мають належний зв'язок між собою.

Н. Кузнецова зауважувала, що в детермінантах злочинності необхідно розрізняти соціальні явища, що її породжують і здійснюють несприятливі зміни стану і динаміки. Останні впливають на: а) інтенсивність дії явищ першої групи (наприклад, ослаблення боротьби зі злочинністю в певному регіоні); б) масштаб дії явищ першої групи (поява нових районів певного регіону); в) формування нових «ланцюгів спричинення» (наприклад, обстановка надзвичайного стану) [12, с. 15].

Дослідження кримінологів дають змогу стверджувати, що фактори, які детермінують злочинність, відрізняються між собою не тільки за ступенем криміногенної дії на злочинність, а й за характером. У цьому сенсі можна виділити такі групи детермінант, а саме:

- детермінанти економічного характеру – панівні галузі господарства, джерела інвестицій, стан бюджету, співвідношення бюджету, його доходної та витратної частин, перебіг приватизації, рівень розвитку малого та середнього підприємництва, зайнятість населення тощо;
- детермінанти політико-правового характеру – сфера розроблення та реалізації економічної політики держави, що тісно пов'язана з економічними факторами, державне регулювання економічних процесів та ін.;
- детермінанти соціального характеру – життєвий рівень населення, забезпеченість населення товарами, житлом, послугами, рівень доходів, якість медичного забезпечення, освітній рівень населення, звичаї, традиції, стереотипи поведінки, які зумовлені етнопсихологічними, національними, релігійними, історичними та іншими особливостями тощо [19, с. 51–52].

У процесі дослідження детермінантів злочинів, скоєних службовими особами у сфері господарської діяльності, необхідно виділити такі групи обставин: 1) обставини, які впливали на становлення службової особи в процесі її трудової діяльності (вплив негативних явищ: корупція у навчанні, отримання посади тощо); 2) це життєва ситуація вибору скоєння злочину службовою особою під впливом державних корумпованих структур. У процесі визначення детермінації зазначених злочинів не потрібно визначати неминучість і закономірність причин та умов, що сприяють вчиненню злочину, як це пропонується деякими вченими [13, с. 324].

Причиною називають явища (системи), які породжують, продукують інші явища (системи) – наслідки. Тобто між причиною і наслідком є зв'язок генетичний, продукуючий. У тлумачних словниках слово «причина» етимологічно пов'язується з дієсловом «вчиняти», тобто робити, творити, виробляти (явище, яке зумовлює або продовжує інше явище, мотив) [18, с. 496].

Необхідно зазначити, що причини та умови злочинності визначають систему компонентів окремого виду злочинів.

Таким чином, причини – це соціальні явища, які в бінарному зв'язку породжують і відтворюють злочинність і злочини як свій закономірний наслідок [11, с. 116].

Умови – такі явища, які самі не породжують злочинність і злочини, а сприяють, полегшують, інтенсифікують: а) формування і б) дію причини. Це різноманітні явища, процеси, обставини, які сприяють або створюють можливість виникнення та прояву причини, яка породжує наслідок [5, с. 44].

Отже, причини – це ті внутрішні (суб'єктивні) фактори стосовно особи злочинця, що породжують у неї злочинну мотивацію, тобто її психологічні якості, тоді як умови – це зовнішні щодо особи злочинця обставини, що сприяють скоєнню злочину, створюючи сприятливу для цього обстановку [4]. Як підтверджують окремі дослідження, між причинами та умовами є тісна взаємодія, наявність якої і дозволяє використовувати узагальнене поняття «криміногенні детермінанти», що охоплює й ті та інші. Умови самі собою не можуть породити злочини, а тим більше їх поєднати. Кримінальні детермінанти формують причини, які мають тісний зв'язок і складаються у вигляді системи «причини – умови» і зумовлюють загальний зміст [9, с. 435].

Криміногенні фактори злочинів у сфері господарської діяльності, що вчиняються службовими особами, досить численні й різноманітні. Вони визначені передусім істотними змінами у соціально-економічному житті суспільства і мають зовнішні та внутрішні причини.

Злочини у сфері службової діяльності є системою взаємопов'язаних криміногенних явищ і процесів об'єктивного та суб'єктивного характеру, що в поєднанні з іншими факторами прямо й опосередковано детермінують злочинність у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг [15, с. 112]. Виявлення, усунення, мінімізація та нейтралізація криміногенних факторів злочинів у сфері службової діяльності та професійної діяльності, пов'язаної з наданням публічних послуг, що зумовлюють службову злочинність як явище та спричиняють її конкретні прояви, виступають головним напрямом запобігання їй [16, с. 445].

Як відомо, внутрішньою причиною злочинної поведінки службових осіб є криміногенна мотивація. Для корисливої злочинної поведінки типова корислива криміногенна мотивація. Користь взагалі – це прагнення до особистої вигоди, наживи, матеріальної користі за чужий рахунок. Так, Н. Кузнецова, досліджуючи криміногенну мотивацію взагалі, виділила свого часу чотири види корисливої мотивації: користь – накопичення, користь – паразитизм, користь – легковажність, користь – нужда [12, с. 11].

Антигромадські погляди (установка) перед своїм виявленням у конкретному злочині, як правило, протягом доволі тривалого за часом періоду формуються у свідомості особи. Джерелом формування конкретної антигромадської установки є фактори біологічного (успадковані психофізіологічні особливості особи, її темперамент тощо) та соціального (конкретні обставини життя та виховання особи) характеру, під впливом яких у неї з'являються егоїстичні погляди, індивідуалістичні звички та навички [4].

Отже, узагальнюючи та систематизуючи причини та умови виникнення та поширення злочинів у сфері господарської діяльності службовими особами, можна говорити про таку класифікацію: політико-правові, соціально-економічні, морально-психологічні, організаційно-управлінські, які пов'язані між собою та мають досить умовні границі.

Політико-правові фактори поділяються на дві групи: соціально-політичні та правові. А соціально-політичні детермінанти можна поділити на політико-ідеологічні причини та умови і політико-ідеологічні причини та умови.

До *соціально-політичних чинників*, що спонукають до вчинення злочинів у сфері господарської діяльності службовими особами, належать: непрогнозованість та нестабільність державної політики, неврахування пріоритетних потреб населення; тотальність державного регулювання господарської діяльності; недієвість запроваджених реформ у господарський сектор; монополізація господарської діяльності олігархами; створення контролюючого надприбуткового бізнесу у сфері виробництва та торгівлі в ключових секторах економіки; неефективність громадського контролю за діяльністю вищих посадових та службових осіб, які очолюють державні установи та комерційні підприємства.

Специфіка їх впливу полягає в тому, що вони виникають на підґрунті наявних у суспільстві економічних відносин і відтворюють дійсність через призму цих відносин. Умови економічної життєдіяльності, з якою силою вони б не впливали на політичні, ідеологічні та інші фактори, є вирішальними і пронизують усі процеси розвитку суспільства [7, с. 80].

До *правових факторів*, які сприяють вчиненню злочинів у сфері господарської діяльності службовими особами, належать: прогалини в підзаконних актах різного рівня; недосконалість чинного законодавства, багатозначність та різне трактування положень; відсталість від реалій життя нормативно-правових актів, які регулюють відносини у цій сфері.

До *соціально-економічних факторів*, що спонукають вчинення злочинів у сфері господарської діяльності службовими особами, належать: загострення економічної ситуації в державі; зменшення внутрішнього валового продукту; суперечливість між економічними потребами особи і можливостями суспільства в їх задоволенні; незаконна господарська діяльність як спосіб незаконного збагачення [17, с. 308]; інфляція національної валюти, тіньова економіка як спосіб економічного виживання; високий рівень корумпованості системи державного регулювання господарської діяльності та лобювання протиправних економічних інтересів окремих фінансово-промислових груп; недобросовісна конкуренція та отримання високих прибутків; недостатня інтегрованість національної економіки у світову тощо.

Фактори зазначених злочинів досить численні й різноманітні, це пояснюється насамперед істотними змінами у соціально-економічному житті суспільства.

У процесі незаконної господарської діяльності здійснюються правопорушення, пов'язані з незаконною приватизацією державної власності, використанням тіньових схем здійснення шахрайства з фінансовими ресурсами, відмиванням доходів, отриманих злочинним шляхом, які згодом виливаються в легальну економіку і створюють недобросовісну конкуренцію та отримання високих прибутків [8, с. 254].

Найбільше криміналізовані сфери господарської діяльності – енергетична, банківська, сільськогосподарська, споживчий ринок тощо. А правопорушення у цих сферах, що вчиняються службовими особами, пов'язані з незаконною приватизацією державної власності, здійсненням шахрайства з фінансовими ресурсами, використанням тіньових схем, відмиванням доходів, отриманих злочинним шляхом, які створюють недобросовісну конкуренцію.

Системний вплив на злочинність у сфері економіки є головною фундаментальною передумовою ефективною боротьби з цим типом злочинності на всіх рівнях попереджувальної діяльності [6, с. 158].

До *організаційно-управлінських факторів*, які сприяють скоєнню злочинів у сфері господарської діяльності службовими особами, належать: неефективність державного і громадського контролю за бюджетними коштами; створення контролюючого надприбуткового бізнесу у сфері виробництва та торгівлі в ключових секторах економіки; бюрократизм органів державної влади і органів

місцевого самоврядування; некомпетентність окремих службових осіб у разі прийняття управлінських рішень; недоліки в підборі й розстановці кадрів в органах влади та управління та інше.

До *морально-психологічних* факторів, які детермінують злочини у сфері господарської діяльності, що вчиняються службовими особами, належать: недоліки соціально-виховного характеру, які сформувалися у свідомості; можливість використання свого службового становища в особистих цілях; поширеність у середовищі державних службовців, суб'єктів господарювання особливого стилю мислення – можливість збагачення будь-яким шляхом, включаючи протиправний; поблагливе ставлення до фактів хабарництва з боку оточуючих [17, с. 56].

Причини та умови скоєння злочинів і їх встановлення постійно піддається дискусії. На переконання М. Дунаса, причини – це внутрішні (суб'єктивні) фактори, які спонукають особу вчинити злочин і зароджують у неї злочинну мотивацію, що відноситься до психологічного стану злочинця. Окремі дослідники зауважують, що причини злочину – це явища та процеси, які впливали на свідомість особи і виробляють потребу у вчиненні протиправних дій [5].

Такі властивості формує психологічна атмосфера у державному середовищі, а саме конкуренція, прагнення влади та збагачення. До основних властивостей, що спонукають зазначених осіб до вчинення злочинів, зараховують [4, с. 345–348]: 1) прогресуючі матеріальні потреби, прагнення бути заможною людиною, яка має гроші не тільки для задоволення повсякденних потреб, але й для створення певного «іміджу» – належності до вищих кіл суспільства; 2) переконаність у тому, що гроші – це найвища цінність у житті, та постійна потреба «робити гроші» стає основною, а інколи єдиною метою; 3) правовий і моральний нігілізм, тобто зневажання законів і норм моралі та прагнення досягти поставленої мети будь-якими, зокрема незаконними, а інколи й відверто злочинними методами; 4) нехтування як інтересами суспільства загалом, так і окремих людей, зневажання людей,

які стоять нижче за своїми фінансовими можливостями; 5) схильність до ризику в службовій діяльності та в житті загалом, яка переростає в авантюризм (неврахування під час прийняття рішень явно наявних небезпечних обставин); 6) динамічність поведінки залежно від життєвих обставин (можливість їх зміни на прямо протилежні).

Висновки. Негативні явища та процеси, що відбуваються в економічній та соціальній сферах, негативно впливають і на духовно-моральний стан українського суспільства. У свідомості багатьох людей втрачена цінність продуктивної праці як джерела благополуччя та головного засобу самореалізації особистості. Причинами, які сформовані під впливом різних негативних економічних явищ і процесів, є морально-психологічна установка у свідомості особи (уявлення про можливість легко досягти збагачення обманним шляхом, участю в недобросовісних фінансових іграх, кримінальному бізнесі), яка спонукає конкретну особу на вчинення службового злочину в сфері господарської діяльності з метою збагачення.

Умовами, які сприяють вчиненню службових злочинів у сфері господарської діяльності, є явища, процеси, які необхідні для дії причин цього виду правопорушень, пов'язані з недоліками у законодавстві (прогалини в підзаконних актах різного рівня, недосконалість, багатозначність та різне трактування їх положень); недосконалість державного і громадського контролю за бюджетними коштами; бюрократизм; нестабільність фінансової, валютної, податкової, митної, промислової, політики держави; недоліки в реалізації державної кримінальної та кримінологічної політики в напрямі боротьби зі злочинністю в економічній сфері.

Дослідження причин і умов злочинів у сфері господарської діяльності, що вчиняються службовими особами, сприяють аналізу і розробленню заходів, спрямованих на їх виявлення та припинення.

Саме усунення причин та умов, що сприяють скоєнню таких злочинів, є необхідною передумовою для розроблення системи заходів запобігання злочинам.

ЛІТЕРАТУРА

- Бандурка А.М., Давыденко Л.М. Преступность в Украине: причины и противодействие : монография. Харьков : Основа, 2003. 368 с.
- Бахарев Д.В. Пространственный анализ причинного комплекса преступности : история, теория, методы, практика : автореф. дисс. ... д-ра юрид. наук : 12.00.08. Екатеринбург, 2016. 51 с.
- Бойко А.М. Детермінація економічної злочинності в Україні в умовах переходу до ринкової економіки (теоретико-кримінологічне дослідження) : монографія. Львів : ЛНУ ім. Івана Франка, 2008. 380 с.
- Веліканов С.В., Волобуєв А.Ф., Журавель В.А. Криміналістична профілактика економічних злочинів : науково-практичний посібник. Харків : Харків юридичний, 2006. 236 с.
- Дунас М.О. Службові особи, які вчиняють правопорушення у сфері господарської діяльності. *Рівень ефективності та необхідність впливу юридичної науки на нормотворчу діяльність та юридичну практику* : матеріали міжнародної науково-практичної конференції. Харків : Східноукраїнська наукова юридична організація, 2019. С. 44–47.
- Долгова А.И. Криминология. 2-е изд. Москва : НОРМА, 2009. С. 252–268.
- Злочинність у сфері економіки: проблеми прогнозування, планування та координації заходів протидії / за ред. О.Г. Кальмана. Харків : Нова Софт, 2005. 255 с.
- Криминологія : підручник / В.В. Голіна, Б.М. Головін, М.Ю. Валуйська та ін. ; за ред. В.В. Голіни, Б.М. Головіна. Харків : Право, 2014. 440 с.
- Криминологія : підручник для студентів вищих навчальних закладів / О.М. Джужа, Я.Ю. Кондратьєв, О.Г. Кулик, П.П. Михайленко та ін. ; за заг. ред. О.М. Джужі. Київ : Юрінком Інтер, 2002. 416 с.
- Криминологія : підручник / А.М. Бабенко, О.Ю. Бусел, О.М. Костенко, та ін. ; за заг. ред. Ю.В. Нікітіна, С.Ф. Денісова, Є.С. Стрельцова. 2-ге вид., перероб. та допов. Харків : Право, 2018. 416 с.
- Криминологія : учебник / под ред. Б.В. Коробейникова, Н.Ф. Кузнецовой, Г.М. Миньковского. Москва : Юрид. лит, 1988. 384 с.
- Кузнецова И.Ф. Мотивация преступлений и тенденции ее изменения. *Вопросы советской криминологии*. Москва : Всесоюзный институт по изучению причин и разработке мер предупреждения преступности. 1976. Ч. 2. С. 11–14.
- Литвинов О.М. Поняття і класифікація причин та умов, що сприяють вчиненню злочину. *Форум права*. 2008. № 2. С. 323–327.
- Макаров А.В. Преступность в бюджетной сфере : дисс. д-ра юрид. наук : спец. 12.00.08. Санкт-Петербург, 2005. 396 с.
- Мезенцева І. Криминологічна характеристика корупційної злочинності. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. № 4. 2014. С. 106–113.
- Моніторинговий криминологічний аналіз злочинності в Україні (2009–2013 роки) : монографія / Є.М. Блажівський та ін. Національна академія прокуратури України. Київ. 2014. 484 с.
- Протидія хабарництву у бюджетній сфері підрозділами Державної служби боротьби з економічною злочинністю : науково-практичний посібник / В.В. Коряк, В.І. Василичук, В.Р. Сливенко, Г.В. Сальков ; за заг. ред. О.М. Джужі. Київ, 2011. 205 с.
- Скрелля Л.І. Експерт як суб'єкт складу корупційного злочину, передбаченого ч. 3 ст. 368-4 КК України. *Європейські перспективи*. 2017 р. № 3. С. 43–49.
- Сисоева В.П. Детермінанти вчинення злочинів щодо порушення порядку здійснення операцій з металобрухтом. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*, № 2, 2013. С. 51–59.

МОТИВИ ТА МОТИВАЦІЯ ТЕРОРИСТИЧНОЇ ДІЯЛЬНОСТІ

MOTIVES AND MOTIVATION OF TERRORIST ACTIVITY

Білевський П.С., старший науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України

У статті досліджуються наявні теоретичні підходи до мотивів та мотивації терористичної діяльності.

Констатується, що гостра потреба в належності до групи – це риса, яка є загальною для терористів всього світу, якими б різноманітними не були їхні ідеологічні цілі. В основі цієї потреби лежить неповна або роздрібнена психосоціальна ідентичність, тому єдине, завдяки чому індивід відчуває себе досить цілісним, – зв'язок із групою, належність до якої є важливим компонентом самосвідомості її члена.

Крім того, тероризм, як правило, з'являється під впливом вагомих політичних мотивів, які до того ж часто освячені національно-ритуальними, релігійними та іншими ідеями.

Серед глибинних і суто індивідуальних мотивів, які є спонукою найбільш жорстоких терористичних акцій, більшість кримінологів виділяє помсту.

Наступним мотивом, який безпосередньо спонукає такі злочини, є спроба самоствердитися, проявити себе, довести собі та іншим цінність власної особистості, відійти від сірості та жалюгідності свого існування.

Практика останніх років свідчить, що однією з рушійних сил, яка спонукає осіб до терористичної діяльності, є корислива мотивація.

Робиться висновок, що особи, які вдаються до терористичних акцій, відчувають себе відчуженими від суспільства, ображеними на нього або розцінюють себе як жертву несправедливості. Їх мотиви акумулюються у двох напрямках: прагнення до реалізації своїх задумів і намірів, пов'язаних із цілями діяння, та задоволення потреби в насильстві, які є невід'ємними складниками агресії і жорстокості. Крім того, ця мотивація базується на вихідній меті діяння і конкретно спрямована на руйнування. При цьому домінуючий мотив цього злочину має подвійне підґрунтя: з одного боку, він є невід'ємною рисою людини, виходить зсередини, становить властивість особистості терориста, з іншого – є агресивною реакцією на ситуацію.

Ключові слова: тероризм, терор, терористичний злочин, терористична діяльність, типологія терориста, мотивація злочину, мотив терористичної діяльності.

The existing theoretical approaches to the motives and motivations of terrorist activity are analyzed in the article.

It is stated that the urgent need to belong to a group is a trait that is common to terrorists around the world, no matter how diverse their ideological goals. This need is based on an incomplete or fragmented psychosocial identity, so the only thing that makes an individual feel quite whole is the connection with the group, belonging to which is an important component of the self-consciousness of its member.

In addition, terrorism tends to be influenced by strong political motives, which are also often sanctified by national ritual, religious and other ideas.

Among the deep and purely individual motives that motivate the most brutal terrorist acts, most criminologists single out revenge.

The next motive that directly motivates such crimes is an attempt to assert oneself, to express oneself, to prove to oneself and others the value of one's own personality, to move away from the grayness and miserableness of one's existence.

The practice of recent years shows that one of the driving forces that motivates individuals to commit terrorist activities is selfish motivation.

It is concluded that a person who lags behind in terrorist acts feels sensitive to society, offends them or promotes himself as a victim of injustice. Their motives accumulate in two directions: the desire to realize their intentions and intentions related to the goals of the action, and to satisfy the need for violence, which are integral components of aggression and cruelty. In addition, this motivation is based on the original purpose of the activity and is specifically aimed at management. In this dominant motive of this crime there is a double subordination: on the one hand, it is an integral feature of the person, proceeds from within, the available power of the personality of the terrorist; on the other hand, is an aggressive reaction to the situation.

Key words: terrorism, terror, terrorist crime, terrorist activity, typology of terrorist, motivation of crime, motive of terrorist activity.

Постановка проблеми. Залежно від ступеня стабільності суспільства, терористична активність може бути причиною, наслідком, сприятливим фактором або формою соціальних, політичних, етнічних, релігійних або інших конфліктів. З психологічного погляду об'єктивні фактори, що детермінують усі суспільні відносини, відображаються в індивідуальній або груповій свідомості у вигляді настанов, стереотипів та домінуючих психологічних станів, які виступають безпосередніми мотиваційними регуляторами поведінки людей.

Тому проблему причин тероризму необхідно розглядати у двох аспектах: по-перше, з позиції соціально-економічної детермінації цього явища (соціальний підхід), по-друге, з позиції мотивації терористичної діяльності (біологічний підхід).

Мета статті – дослідження наявних теоретичних підходів щодо мотивів та мотивації терористичної діяльності.

Аналіз основних досліджень і публікацій. Дослідження соціальної природи злочинів і злочинності знаходимо у працях Е. Дюркгейма, Р. Мертона, Дж. Смелзера, А. Кеттле. Культурологічні засади злочинності вивчали Е. Сазерленд, Т. Селлі, Д. Міллер, фізіологічні – Ч. Ломброзо, Дж. Норріс, Р. Шелдон, психологічні – З. Фройд, Т. Парсонс, Г. Тард, зокрема й психологічний садизм (Е. Фромм). Різні аспекти аналізу злочинів як соціально-психологічного явища знайшли своє від-

ображення у працях, що розглядають їх як увялення, ідеї, почуття (О.М. Леонтьєв), прагнення, бажання, переконання (П.А. Рудик, А.В. Петровський), настанови, смисли (В.І. Ковальов), психічні стани, процеси, властивості (Г.Г. Голубєв, К.К. Платонов), статус, позиції та рольову поведінку суб'єкта (М.Н. Корнев, А.Б. Коваленко).

Водночас дотепер питання зумовленості терористичних злочинів і терористичної діяльності таким психологічним чинником, як мотивація, залишаються не до кінця вивченими.

Виклад основного матеріалу. У цьому дослідженні ми виходимо з того, що мотив – це внутрішня спонукка до діяльності, суб'єктивний стимул людських вчинків. У ньому знаходять вираз рушійні сили особи, пов'язані із задоволенням його потреб. Знання мотивів не тільки дає відповідь на питання, чому мають місце ті чи інші дії, але і в чому полягає їх зміст для цього індивіда, які його потреби при цьому задовольняються. Такий підхід до мотиву дає змогу зрозуміти, на що спрямована активність особи, заради чого вибраний саме цей, а не інший варіант поведінки, тобто зрозуміти мотив як причину, яка визначає спрямованість поведінки. Іншими словами, мотив – це внутрішня безпосередня причина злочину, яка виражає особистісне ставлення до того, на що спрямовані злочинні дії.

З позиції теорії мотивації тероризму на біологічному рівні практично в кожному з нас «дрімає» потенційний

терорист, тобто жива істота, здатна до вбивства собі подібних (включаючи самого себе) в ім'я колективних цілей і цінностей. Йдеться про збереження етнокультурної або групової ідентичності, коли до тероризму вдаються в так званому стані крайньої необхідності, коли шкода, якої не можна уникнути через неминучі жертви терористичних акцій, є значно меншою, ніж відвернена. Тобто тероризм – це спосіб (умова) визнання або збереження ідентичності певного етносу, народу, конфесії чи групи.

Збереження своєї групової ідентичності є базовим інстинктом, який має природний характер [1, с. 215]. З давніх часів групи людей були змушені захищатися від диких тварин, ворогів, стихійних лих, які загрожували їх життю. Фрейд говорить про «готовність до стихійної ненависті», яка в процесі філогенезу була необхідною для індивідуального та колективного захисту від архаїчних загроз. Лише у групі можна було забезпечити продовження людського роду як виду. Таке об'єднання людей пов'язане із соціальним інстинктом, відкритим Дарвіном, який відіграє роль «тяжіння» і визначає умови суспільного життя стадних тварин. Саме цей малодосліджений інстинкт визначив утворення перших людських груп, а потім, разом із культурними факторами, племен та держав.

Люди групуються і на підставі родинних зв'язків, і на підставі якихось особистих інтересів. Вважається, що колективна ідентичність, яку ми проявляємо в таких групах, дана нам від природи, тобто або є на біологічному рівні, або є результатом якогось іншого «природного чинника». Таким природним чинником є оточення, в якому народжуються та зростають діти. Перебуваючи в установленому колі рідних та близьких людей, вони всмюкують притаманні цьому колу релігійні та культурні цінності, які й формують їхню ідентичність. Залежно від контексту ця ідентичність буде релігійною, етнічною, культурною, мовною або просто племінною чи сімейною.

Не лише реальна зовнішня загроза існуванню етнокультурної або іншої групи, але й осквернення групових або релігійних символів сприймається як загроза ідентичності. Політтехнологам відомо, як штучно перебільшити загрозу, викликати страх таким чином, що колективна рідність набуває руйнівної самодинаміки навіть і щодо своїх [2, с. 39].

Тема належності до групи та набуття колективної ідентичності посіла центральне місце в багатьох дослідженнях причинної бази тероризму. У серії практичних експериментів вчені розширили та продемонстрували цілковиту правильність теорії Е. Еріксона, який стверджує, що підлітки прагнуть досягти рівня, який ідентифікував би їх із певною формацією, належність до якої (разом із відчуттям, що там вони «свої серед своїх») сприяє їхньому самостверженню. Г. Таджфел виявив глибинне прагнення налагоджувати зв'язки з тими, хто належить до членів групи, які сприймаються як друзі та союзники, та діяти проти тих, хто не належить до групи і сприймається вороже [3, с. 47].

Гостра потреба в належності до групи – це риса, яка є загальною для терористів усього світу, якими б різноманітними не були їхні ідеологічні цілі. В основі цієї потреби лежить неповага або роздрібнена психосоціальна ідентичність, тому єдине, завдяки чому індивід відчуває себе досить цілісним, є зв'язок із групою, належність до якої є важливим компонентом самосвідомості її члена. Вказаний чинник є фундаментом психосоціальної ідентичності [4, с. 34–36].

Колективна ідентичність впливає з трьох основних джерел поділу людей на групи: релігія, етнонаціоналізм та соціально-економічні класи. Автор цієї концепції Т. Андерсен вважає ці поняття уявними, однак попри те, що ніхто не знайомий з усіма тими, хто належить до якоїсь із таких спільнот, її члени добре уявляють собі, що саме охоплюється горизонтальними братерствами. «Зрештою,

таке братерство робить можливим <...> те, що мільйони людей не тільки готові піти аж на вбивство, вони готові самі померти заради цих уявних цінностей» [5].

На базі сконструйованих у такий спосіб концепцій одних зараховують до «своїх», інших – ні. Встаючи на захист своєї ідентичної групи, окремі її представники свідомо нехтують своїми егоїстичними інтересами заради спільноти, з якою вони пов'язують своє нинішнє й подальше існування. Терорист, як зазначає американський аналітик Б. Хофман, не переслідує суто власні інтереси, його дії завжди альтруїстичні – він впевнений, що служить певній ідеї з метою кращої долі для широкого кола прибічників, інтереси яких він представляє [6, с. 46].

На цьому рівні мотивація не усвідомлюється терористом. Йдеться про самореалізацію глобального захисного механізму, який реалізується за принципом: нічого особистого, ти гинеш задля того, щоб вижив рід людський. Якщо розглядати тероризм із цього погляду, то він не становить загрози людству, а лише виступає способом виживання шляхом привернення уваги до реальних загроз, від яких ми безпечно відволіклися: техногенних аварій, екологічних небезпек тощо. Терор «породжує біль і таким чином рятує нас, притягуючи увагу до хвороби» [7, с. 123–124].

Людина не може існувати без почуття своєї причетності до чогось більшого, ніж реальність, що його оточує, – без причетності до сакрального. Сенс життя проявляється лише тоді, коли в людини є якась благородна «надмета» (нехай навіть ілюзорна), яка об'єднує її з іншими людьми і виходить далеко за рамки його повсякденного існування. Втрата своєї ідентичності позбавляє окрему людину та спільноту підґрунтя, морального еталону, міри порівняння, орієнтації на традиції, правила поведінки, що закликають до віри, надії та любові. Це своєю чергою призводить до тотальної руйнації світосприйняття та ідентифікації своєї особистості в реальній дійсності, залишає людину наодинці з жорстким світом. Тому заради збереження своєї ідентичності члени спільноти жертвують не лише власним життям та позбавляють життя тих, хто становить для них безпосередню загрозу, але й свідомо допускають «вимушену» загибель окремих членів своєї спільноти.

Але, як свідчить світова практика, терористичні групи можуть складатися не тільки з «відчужених індивідів», що не змогли досягти певного соціального статусу внаслідок невдач у навчанні або роботі, але й із розумних, вольових, впевнених у собі осіб. Перші, як уже зазначалося, шукають у групі визнання і психологічного захисту, інші, якщо стають лідерами, вирізняються тенденцією домінування і керування оточуючими. Якщо це припущення вірне, то за цією тенденцією, на думку Ю.М. Антоняна, стоїть підвищена тривожність таких осіб, оскільки людина, наділена вольовими якостями, прагне керувати іншими й організувати їх на найжорстокішу агресію у зв'язку з тим, що в іншому випадку вона сама несвідомо боїться стати жертвою насилля. Частіше за все саме такі особи (вони можуть діяти не тільки у складі групи, але і самостійно) є творцями ідеології тероризму або, засвоївши, прийнявши будь-яке вчення, найактивнішим чином підтримують його і варварськими способами намагаються втілити в життя [8, с. 231–274].

З огляду на це мотиви кожного члена терористичного угруповання можуть відрізнятися, але всіх членів терористичної організації буде об'єднувати сильна потреба у «включеності», належності до групи і посилені відчуття самоідентичності. Входячи до такої організації, вони отримують захист від авторитаризму. При цьому будь-який напад на групу сприймається ними як напад особисто на себе. Відповідно, будь-яка акція ззовні суттєво згуртовує таку групу, що необхідно мати на увазі в організації боротьби з терористичним організаціями.

Будь-яка колективна ідентичність містить зародок соціальних рухів уже в самій своїй основі. М. Вебер – один із

тих, хто першим вивчав природу соціально структурованої етнічної ідентичності, яку він назвав «група людей». Такі групи формуються на підставі міфологічних традицій, що успадковуються з покоління в покоління. Хоча Вебер і дотримується думки, що етнічний націоналізм – поняття, яке реально існує лише в уяві, все ж таке усвідомлення людиною своєї ідентичності – потужний мотиваційний чинник широкомасштабної мобілізації особи до дії.

Значні загрози інтересам спільноти (незалежно від того, чи вдалося їх відстояти) надовго зберігаються в її колективній пам'яті, в деякому розумінні перетворюються на колективний досвід, який у разі повторення загрози стає фактором, що об'єднує людей у великі групи для захисту біологічних і соціально-біологічних інтересів. «Люди зі схожою успадкованою інформацією, пишуть американські вчені Р. Берон та Д. Ричардсон, – виявляють й однакові здібності у поведінці, які можна рахувати успадкованими» [9, с. 227].

У цьому випадку, як вважає директор Санкт-Петербурзького гуманітарного інституту В.А. Медведєв, етнопсихологічний рівень мотивації конкретизує біологічно-популяційну (ройову) передумову терору шляхом накладення на її історію й актуальну проблематику існування якого-небудь народу, нації, етнічної групи. Терору необхідний посередник (колективний медіатор) для переведення неусвідомлених надіндивідуальних енергетичних імпульсів (біологічного і культурно-історичного) у сферу поведінкових мотивацій конкретних соціальних груп і окремих людей. Саме таким посередником і стає міфологізована історія, політичні міфи та колективна ідентичність конкретного народу або соціокультурної групи (басків, арабів-палестинців, північно-ірландських католиків, Косовських албанців та інших) [7, с. 112].

Американський психіатр та психоаналітик В. Волкан, досліджуючи національні афекти і масові психічні травми, встановив, що, оскільки після масової травми (як правило, викликаной не окремим індивідом, а великою ворожою групою) одночасно сотні, тисячі і навіть мільйони індивідів вкладають свої травматизовані образи в дітей, виникає кумулятивний ефект, який визначає психічну складову частину ідентичності великої групи. А у зв'язку з кумулятивним ефектом у кожної дитини другого (після травми) покоління є загальні зв'язки з ментальним уявленням травми й аналогічні неусвідомлені завдання, пов'язані з необхідністю подолати це уявлення. «Загальне завдання» полягає в тому, щоб зберегти пам'ять про травму батьків, оплакати їх втрати, відреагувати на їхнє приниження або помститися за них. Однак, яких би форм не набував прояв пам'яті щодо травми в наступних поколіннях, основним (неусвідомленим) завданням залишається збереження ментального уявлення про трагедію предків, яке постійно (впродовж десятиліть та століть) зміцнює особливу ідентичність тієї чи іншої великої групи [10, с. 51–53].

Світовий досвід різномасштабних воєн, сутічок та інших збройних конфліктів, які виникали на етнічному ґрунті, свідчить, що, коли такої (травмованої) великій групі загрожує нова етнічна, національна, економічна, політична або релігійна криза, її лідери (інтуїтивно або свідомо) звертаються саме до цієї «травми», наділеної особливим потенціалом задля досягнення емоційної (національної) консолідації великої групи (завжди значно більш міцної, ніж будь-яка ідеологічна).

Мотиваційна основа націоналістичного і сепаратистського тероризму є значно міцнішою, ніж соціально-політичного, оскільки пов'язана з кровними узами і сімейними традиціями, передається з покоління в покоління і закладається з дитинства. Мотиваційна основа стає ще міцнішою, коли націоналістичні мотиви переплітаються з релігійним фундаменталізмом, який нерідко призводить до особливого фанатизму.

Усе перелічене, скоріше за все, має своєю головною метою забезпечити виживання та виключення страждань

індивіда (нації, народу, конфесії) шляхом протидії, а якщо вона не можлива, то і шляхом пристосування до зовнішнього середовища. Протидія та пристосування в механізмі виживання означає вибір такої моделі поведінки, яка дає змогу уникнути або мінімізувати страждання. У тих випадках, коли це не вдається, пережите страждання, усвідомлене та відчуте душею народу або конфесією, перетворюється на колективне неусвідомлене.

Так, обурення, яке викликало в сербів жорстокість та безкарність злочинних діянь усташей після Другої світової війни, зіграло визначальну роль у катастрофічних процесах, що сорок років потому призвели до страшних результатів у колишній Югославії. Сталінські репресії не були забуті чеченським народом і стали підґрунтям масових виступів проти всього, що уособлювало колишнього ворога, який вкотре набув образ загрози (реальної або уявної) для народу.

Наскільки міцними залишаться в колективній пам'яті перенесені страждання, здебільшого залежатиме від тривалості конфлікту та його масовості. Чим довше триває конфлікт, тим більше число поколінь від нього страждає, чим більше жорстокості і несправедливості проявляється в протистоянні, тим менше шансів на швидке розв'язання конфлікту та зниження терористичної активності. З цих позицій сучасне терористичне протистояння у світі (Арменія – Турція, Чечня – Росія, Палестина – Ізраїль, іудаїзм – мусульманство – християнство тощо) мають розглядатися як повернення давнього підсвідомого досвіду, як реакція на несправедливість, яку колись переживав народ.

В.Ф. Антипенко вважає, що тероризм, як правило, з'являється під впливом вагомих політичних мотивів, які до того ж часто освячені національно-ритуальними, релігійними та іншими ідеями [11, с. 22–23].

Під впливом релігії, соціальної міфології або державної ідеології в терористів формуються величні ідеї, конкретні образи, які посідають важливе місце у складовій частині світогляду. Мотиваційною домінантою стає віра у володіння вищою єдиною істиною, унікальним рецептом «спасіння» свого народу, соціальної групи або всього людства. Така віра утворює тип ціннісних і поведінкових моделей терористичних груп.

Імператив єдиної істини закладений у будь-якій релігійній вірі, однак свого крайнього виразу він досягає у релігійному фундаменталізмі. Тому останній часто звертається до насильства. В.В. Крутов із цього приводу зазначає, що в релігійних фанатиків самоідентифікаційна формула «мета виправдує засоби» отримує моральне обґрунтування і нівелює можливі мотиваційні конфлікти. Фанатична віра стає певним механізмом самозахисту психоконституційного складу особистості терориста. Завдяки цьому досягається інтенсивна мобілізація сил суб'єкта для досягнення цілі – якнайскорішого або навіть негайного отримання переваг для своєї соціальної, етнічної, релігійної групи, в тому числі для себе особисто [12, с. 70].

Однак нескладно побачити, що зазначеної мотиваційної домінанти замало для переходу до терористичної діяльності. Осіб, переконаних у можливості досягнення вищої та єдиної істини, досить багато в найрізноманітніших сферах суспільного життя, але лише окремі з них звертаються до тероризму. З цього випливає, що мотив володіння істиною є суттєвою, але недостатньою передумовою вибору терористичного шляху. Такою умовою є ціннісно-мотиваційна система умов, стимулів і мотивів, необхідними елементами якої виступають крайня нетерпимість до інакомислення, відмова від загальнолюдських цінностей, а також надзвичайна агресивність.

Серед глибоких і суто індивідуальних мотивів, які є спонукою найбільш жорстоких терористичних акцій, більшість кримінологів виділяє помсту. Помста, на думку О.М. Литвака, є різновидом ворожої мотивації, що характеризує агресію, спрямовану на об'єкт, який є джерелом

гніву, страху, фрустрації. Ворожі почуття і стан гніву виникають часом у конфліктній ситуації як відповідь на агресію з протилежного боку, а також на утвердження або демонстрацію влади. Нерідко ворожнеча деперсоніфікується і переноситься з конкретної особи або предметів на корпорацію та символи. Так виникає політичний, релігійний та етнічний тероризм [13, с. 104–105].

Тут доцільно зауважити, що більшість терористичних акцій мають інструментальну мотивацію, коли між терористом і його жертвою взагалі не має особистої ворожості та ненависті. Інструментальна агресія, спрямована на об'єкти (людей, пам'ятники історії та культури тощо), що безпосередньо не є витоком стану фрустрації суб'єкта і взагалі не дає приводу для нападу, пояснюється прагненням зняти напругу, спричинену почуттям ображеності або іншими конфліктними ситуаціями. Психологічним механізмом інструментальної агресії є так зване зміщення агресії, внаслідок чого, виміщаючи злобу на сторонніх людях та предметах, особа почуває себе задоволеною. Найбільш цинічними і небезпечними проявами інструментальної агресії є потужні вибухи в багатолюдних місцях, на залізниці, жертвами яких є сторонні для терористів люди, або вбивство заручників.

Наступним мотивом, який безпосередньо спонукає подібні злочини, є спроба самоствердитися, проявити себе, довести собі та іншим цінність власної особистості, відійти від сірості та жалюгідності свого існування. Ствердження на соціальному рівні означає прагнення досягти певного соціально-рольового статусу, частіше за все без орієнтації на мікросередовище, думки та оцінки якого можуть не мати для цієї особи суттєвого значення. Тероризм для них має сенс миттєвого привернення уваги до своєї персони і своїх проблем, і тим самим підвищення самосприйняття. Причому потяг до цього настільки нестримний, що навіть цілком реальна змога загинути під час здійснення терористичного злочину таких осіб не зупиняє. Аналізуючи конкретні причини захоплення заручників у місцях позбавлення волі, Ю.М. Антонян вказує, що в окремих випадках подібне насильство породжується саме бажанням привернути увагу до себе і пережитих труднощів [8, с. 231–274].

Прагнення зосередити на собі увагу і тим самим самоствердитися може мотивувати терористичні дії деяких політичних організацій або груп, які іншим шляхом просто нездатні не тільки прийти до влади, але й як-небудь помітно вплинути на суспільно-політичну ситуацію в країні. Із цією метою вони підбурюють на агресивні дії найбільш ексальтовані прошарки суспільства, в тому числі маргінальні.

Як певний різновид мотиву самоствердження можна розглядати й ігрову мотивацію терориста. Пошуки романтики і героїки переплітаються у такої особи з потребою в ризику, небезпечних для життя і волі операціях, перевірки себе в незвичайних ситуаціях. Лише готуючись до терористичного акту, плануючи його, підшукуючи технічні засоби чи співучасників, вчиняючи самі терористичні дії й ухиляючись від переслідування, злочинець живе повним життям і тим саме самостверджується.

Практика останніх років свідчить, що однією з рушійних сил, яка спонукає осіб до терористичної діяльності, є корислива мотивація. Корислива мотивація може сполучатися з різними цілями – корисливими і некорисливими, іншими словами, корисливі мотиви злочинної діяльності не завжди збігаються з корисливою метою дій. Але, як зазначають А.Ф. Зелінський та М.Й. Коржанський, «якими б „благодійними” спонуканнями не прикривався злочинець, його діяльність слід вважати корисливою, якщо вчинялися дії, спрямовані на досягнення корисливої мети (цілі)» [14, с. 60].

Деякі автори порушують питання про наявність у терористів неадекватних мотивів, тобто суто індивідуальних, які притаманні цій особі і не відповідають тим ситуаціям, в яких вони реалізовані. Зазвичай про такі мотиви згадують тоді, коли, здавалося б, незначні приводи спричиняють руйнівні і люті вибухи гніву. Частіше винними в таких злочинах визнаються особи з психічними аномаліями, які не можуть керувати своїми емоціями, що не виключає їх осудності.

На нашу думку, ставити питання про існування таких мотивів можна з великим ступенем умовності, пам'ятаючи про те, що кожна об'єктивна існуюча ситуація завжди сприймається із суб'єктивних позицій. За зовнішніми оцінками, мотив не завжди буде адекватним зовнішнім умовам, але він завжди буде відповідати особливостям цієї особи, тому що це її мотив.

Висновки. Загалом особи, які вдаються до терористичних акцій, відчуваються відчуженими від суспільства, ображеними на нього або розцінюють себе як жертву несправедливості. Їхні мотиви акумулюються у двох напрямках: прагнення до реалізації своїх задумів і намірів, пов'язаних із цілями діяння, та задоволення потреби в насильстві, які є невід'ємними складниками агресії і жорстокості. Крім того, ця мотивація базується на вихідній меті діяння і конкретно спрямована на руйнування. При цьому домінуючий мотив цього злочину має подвійне підґрунтя: з одного боку, він є невід'ємною рисою людини, виходить зсередини, становить властивість особистості терориста; з іншого – є агресивною реакцією на ситуацію.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дикаев С.У. Терор, терроризм и преступления террористического характера (криминологическое и уголовно-правовое исследование). Санкт-Петербург : Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. 464 с.
2. Концен П. Фанатизм. Психологический анализ этого ужасного явления. Харьков : Изд-во Гуманитарный центр, 2011. 388с.
3. Гупта Д.К. Тероризм та політичне насильство: як їх розуміти / пер. з англ. Н. Гайдукевич. Київ : Вид-во Соломії Павличко «Основи», 2010. 400 с.
4. Поуст Дж. Мы против них: групповая динамика политического терроризма. *Социальные конфликты: экспертиза, прогнозирование, технологии разрешения. Терроризм.* 1993. Вып. № 4. С. 29–44.
5. Anderson T. Transnational Organized Terror and Organized Crime: Blurring the Lines. *SAIS review.* 2004. № 24(1). P. 50–52.
6. Хоффман Б. Терроризм – взгляд изнутри / пер. с англ. Е. Сажина. Москва : Ультра. Культура, 2003. 264 с.
7. Медведев В.А. Террор как основание коммуникативной культуры XXI века: от понимания к интерпретации. *Психология и психопатология терроризма. Гуманитарные стратегии антитеррора* : сборник статей под ред. проф. М.М. Решетникова. Санкт-Петербург : Восточно-Европейский Институт Психологического анализа, 2004. С. 102–129.
8. Антонян Ю.М. Терроризм: Криминологическое и уголовно-правовое исследование. Москва : ЦИТ-М, 1998. 305 с.
9. Бэррон Р., Ричардсон Д. Агрессия. Санкт-Петербург : Питер, 2001. 352 с.
10. Решетников М.М. Клинический метод в изучении и разрешении конфликтов. *Психология и психопатология терроризма. Гуманитарные стратегии антитеррора* : сборник статей под ред. проф. М.М. Решетникова. Санкт-Петербург : Восточно-Европейский Институт Психологического анализа, 2004. С. 37–63.
11. Антипенко В.Ф. Терроризм: криминологічна та кримінально-правова характеристика. Київ : НБУВ, 1999. 61 с.
12. Крутов В.В. Теоретико-правовые и тактико-специальные проблемы борьбы с терроризмом (опыт системного исследования) : монография. Киев : Изд-во Академии СБУ, 1998. 284 с.
13. Литвак О.М. Держава і злочинність : монографія. Київ : Атіка, 2004. 304 с.
14. Зелінський А.Ф., Коржанський М.Й. Корислива злочинна діяльність. Київ : Генеза, 1998. 144 с.

ПІДСТАВИ ДЛЯ ПРОВЕДЕННЯ АМНІСТІЇ В УКРАЇНІ ДЛЯ УЧАСНИКІВ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ НА СХОДІ УКРАЇНИ

GROUNDS FOR AMNESTY IN UKRAINE FOR PARTICIPANTS IN THE ARMED CONFLICT IN EASTERN UKRAINE

Бодейко В.А., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Робота присвячена аналізу амністії в контексті концепції перехідного правосуддя, проєкт якої представлено Міністерством із питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України 11 січня 2021 року. Спеціальний закон, що дасть змогу звільнити від відбування покарання осіб-учасників збройного конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей не прийнято, що зумовлює потенційно неефективність концепції.

Дослідження також звертає увагу на важливість проведення амністії, в контексті концепції перехідного правосуддя, для подолання українським суспільством наслідків збройного конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей.

У зв'язку з цим у роботі наводяться найбільш узагальнені основоположні передумови, що впливають на застосування амністії для учасників збройного конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей, а саме: необхідність реалізації положень Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод та загальна перевантаженість пенітенціарної системи України.

Додатково автор дослідження вказує на проблематику встановлення правильного формату амністії, в разі прийняття рішення про її реалізацію. Вказуючи на ускладнений характер конфлікту, що пов'язаний з одночасним існуванням як міжнародного, так і національного зіткнення на визначеній території, та необхідність примирення суспільства було виокремлено низку чинників, які підтверджують необхідність реалізації амністії в обмеженому форматі. Серед них: міжнародний досвід, на підставі вибірки бази даних Amnesties, Conflict and Peace Agreement (ACPA), соціологічні дані двох опитувань, що визначають суспільний запит та необхідність підтримки авторитету органів державної влади серед населення.

Ключові слова: перехідне правосуддя, амністія, Міжнародний кримінальний суд, кримінальне правопорушення, збройний конфлікт.

The work is devoted to the analysis of amnesty in the context of the concept of transitional justice, the draft of which was presented by the Ministry of Reintegration of the Temporarily Occupied Territories of Ukraine on January 11, 2021. A special law allowing the release of persons involved in the armed conflict in certain districts of Donetsk and Luhansk oblasts has not been adopted, which makes the concept potentially ineffective.

The study also draws attention to the importance of amnesty, in the context of the concept of transitional justice, for Ukrainian society to overcome the consequences of the armed conflict in some districts of Donetsk and Luhansk regions.

In this regard, the paper presents the most generalized basic preconditions that affect the application of amnesty for participants in the armed conflict in some districts of Donetsk and Luhansk regions, namely: the need to implement the provisions of the Minsk Agreement and the general congestion of the penitentiary system of Ukraine.

Additionally, the author of the study points to the problem of establishing the correct format of amnesty, in case of a decision on its implementation. Pointing to the complex nature of the conflict, which is associated with the coexistence of both international and national conflict in a given territory, and the need for reconciliation in society, a number of factors were identified that confirm the need for amnesty in a limited format. Among them: international experience, based on a sample of the Amnesties database, Conflict and Peace Agreement (ACPA), sociological data from two surveys that determine public demand and the need to maintain the authority of public authorities among the population.

Key words: transitional justice, amnesty, International Criminal Court, criminal offense, armed conflict.

Актуальність. Збройний конфлікт на сході України (під сходом України маються на увазі окремі райони Донецької та Луганської областей), триває з 2014 року. Законодавство України мирного часу та перших років конфлікту не здатне виступити правовою основою безпечної деокупації та реінтеграції території. Саме тому з метою реалізації «комплексу заходів із подолання наслідків міжнародного збройного конфлікту Російської Федерації та України, а також тимчасової окупації Російською Федерацією окремих районів Донецької та Луганської областей, <...> реінтеграції деокупованих територій та розбудови сталого миру», Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України 11 січня 2021 року оприлюднило проєкт Закону України «Про державну політику перехідного періоду», що передбачає цілу низку заходів, серед яких є і амністія.

Нині закон про амністію для учасників збройного конфлікту на сході України відсутній, що створює законодавчу прогалину та унеможливує примирення суспільства з його наслідками, створюючи реальну можливість рецидиву ситуації не тільки на території сходу України, але й в інших регіонах нашої держави.

Ступінь розробленості проблеми. Свої пропозиції щодо вирішення зазначених проблем висловлювали Ю.І. Арабаджи, А.Б. Блага, Л.-Е. Деніалз, О.М. Житник, О.А. Мартиненко, І.Є. Смирнова, Г.О. Усатий та деякі пра-

возахисні організації, серед яких окремо варто виділити Українську Гельсінську спілку з прав людини.

Метою є дослідження можливості реалізації інституту амністії в Україні в контексті концепції перехідного правосуддя задля безпечної реінтеграції окупованих районів Донецької та Луганської областей.

Виклад основного матеріалу. Подолання збройних конфліктів, з огляду на їх руйнівний характер, є однією з пріоритетних цілей світового співтовариства. Останнє на основі досвіду окремих країн чи регіонів розробило і розвинуло кілька моделей врегулювання конфлікту, серед яких: концепція перехідного правосуддя (Transitional Justice); концепція миробудівництва (Peacebuilding); реформа сектора безпеки (Security sector reform); програма «Роззброєння, демобілізація і реінтеграція колишніх комбатантів» (DDR) та концепція заходів зміцнення довіри (Confidence-building measures).

Аналізуючи ефективність та можливість їх застосування до збройного конфлікту на сході України, варто звернути увагу на дослідження О.А. Мартиненка та А.Б. Благої, які вказують, що всі моделі діють із метою ненасильницького вирішення конфлікту з використанням різноманітних правових механізмів. Згідно з дослідженням цих авторів, Україна вже частково реалізує перші три підходи. Однак самі науковці віддають перевагу концепції перехідного правосуддя як найбільш всеохоплюючій стра-

тегії, що поєднує в собі не тільки каральне, але й відновлювальне правосуддя [2].

Зазначимо, що сучасна концепція перехідного правосуддя виражена у правовій позиції Організації Об'єднаних Націй (далі – ООН) і є системою «судових, так і позасудових процесів та механізмів, включаючи ініціативи кримінального переслідування, сприяння ініціативам щодо права на правду, репарації, інституційні реформи та національні консультації» [3, с. 2]. Разом із тим ООН не визначає перехідне правосуддя як сталий конструкт, а визнає можливість комбінування його складників залежно від потреби, ресурсів держави, суспільного запиту тощо.

Одним із загальноприйнятих елементів перехідного правосуддя, особливо на етапі підписання мирних угод між сторонами конфлікту, є амністія. Остання є класичним правовим інститутом, що притаманний українському законодавству до створення національної концепції перехідного правосуддя. Правовою базою регламентації застосування амністії в Україні нині є Розділ XII Загальної частини КК України та Закон України «Про застосування амністії в Україні». Відповідно до законодавства України, амністія – це «повне або часткове звільнення від відбування покарання осіб, визнаних винними у вчиненні кримінального правопорушення, або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки стосовно цих осіб не набрали законної сили» [4].

Необхідність реалізації амністії як елементу перехідного правосуддя зумовлена також зобов'язаннями Мінського саміту. Відповідний Комплекс заходів щодо виконання Мінських угод, узгоджений «нормандською четвіркою» та підписаний тристоронньою контактною групою 12 лютого 2015 року. Пункт п'ятий Комплексу покладає на Україну зобов'язання щодо забезпечення «помилування і амністії шляхом введення в дію закону, що забороняє переслідування і покарання осіб у зв'язку з подіями, що мали місце в окремих районах Донецької і Луганської областей України» [5]. При цьому важливим є розуміння того, що ухвалений Комплекс заходів не є остаточним, оскільки переговори щодо урегулювання ситуації на сході України тривають досі. Відповідно, цей документ визначає лише орієнтовний напрям діяльності.

На виконання Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод у Верховній Раді України в 2014 році вже було зареєстровано проєкт Закону України № 5082 «Про недопущення переслідування та покарання осіб – учасників подій на території Донецької та Луганської областей». Проєкт був прийнятий загалом на пленарному засіданні парламенту 16 вересня 2014 року, проте так і не був підписаний ані Президентом України, ані Головою Верховної Ради України в установленій законодавством строк.

Г.О. Усатий під час аналізу згаданого законопроєкту піддав його виправданій критиці. Науковець зазначав, що ст. 8 проєкту порушує усталену ієрархічну систему нормативно-правових актів, визначаючи вищість ординарного закону порівняно з кодифікованими нормативно-правовими актами. Додатково вказано на порушення численних міжнародних зобов'язань Україною в разі прийняття закону на підставі цього проєкту та невідповідність останнього КК України, оскільки недопущення кримінального переслідування за своєю природою не є видом звільнення від кримінальної відповідальності або від покарання [6].

Загалом наведене твердження – переконливе, оскільки реалізувати Комплекс заходів щодо виконання Мінських угод, в інтерпретації наведеного проєкту, неможливо у зв'язку з невідповідністю останнього наявним правовим механізмам, що передбачені в КК України. Водночас амністія та помилування, які також згадуються у вищезгаданому пункті п'ятому, є правовими інститутами, за допомогою яких можна звільнити учасників збройного конфлікту від відбування покарання.

Проте необхідність амністії зумовлена не тільки міжнародними зобов'язаннями, що були підписані в Мінську, але й потенціалом пенітенціарної системи. Дані Української Гельсінської спілки з прав людини свідчать, що близько 63 тисяч осіб-учасників збройного конфлікту є членами силових та правоохоронних формувань і можуть підпадати під кримінальне переслідування в Україні. Водночас місця позбавлення волі здатні утримувати лише 44 тисячі засуджених [7].

Відповідно, з огляду на невідворотність застосування амністії, Україна має ретельно дослідити міжнародний досвід її реалізації задля імплементації в українське законодавство тільки високоефективних механізмів. Послідовність та ефективність такого впровадження нині ускладнюється самим характером збройного конфлікту на сході України. Зокрема, про це йдеться у Звіті Офісу прокурора Міжнародного кримінального суду (далі – МКС) про діяльність із попереднього вивчення ситуації за 2019 рік, де зазначалось, що «прямі військові дії між відповідними збройними силами Російської Федерації та України свідчать про існування міжнародного збройного конфлікту на сході України найпізніше з 14 липня 2014 року, паралельно з неміжнародним збройним конфліктом» [8, с. 68].

Звертаючись до світового досвіду, можна зробити висновок, що держави, намагаючись врегулювати конфлікти на своїй території, приймали рішення щодо введення в дію широких амністій, що їх іноді називають нульовими або безвідносними. Вибірка бази даних Amnesties, Conflict and Peace Agreement (АСРА) свідчить, що з 289 представлених амністій 112 реалізовано в безумовному форматі. При цьому більша частина з них була реалізована на стадії активного конфлікту, без переговорного процесу (36), та на етапі підписання комплексних мирних угод між учасниками (39) [9].

В Україні ідею амністії в широкому форматі для учасників збройного конфлікту обстоюють чимало українських політиків, зокрема Вітольд Фокін, колишній заступник глави української делегації в Тристоронній контактній групі, заявляв, що «амністія мусить бути загальною, і тільки тоді з неї є якийсь сенс, бо вона деморалізує противника, вона тим самим зберігає сотні і тисячі життів наших воїнів, зберігає їх здоров'я» [10]. На міжнародному рівні необхідність безумовної амністії відстоює Російська Федерація як учасник Мінського саміту [11].

Вважаємо, що такий формат варто визнати неприйнятним для України, з огляду на значні потенційні втрати. Перш за все це пов'язується з тим, що країни з демократичним режимом (до яких належить і Україна) нечасто застосовують амністії широкого формату, оскільки останні тією чи іншою мірою передбачають втрату органами державної влади авторитету серед населення та не передбачають безапеляційне досягнення поставленої мети – примирення суспільства [12].

Ще одним аргументом, що свідчить проти амністії в широкому форматі є суспільний запит, оскільки будь-які механізми перехідного правосуддя, до яких належить і амністія, мають бути спрямовані на примирення суспільства як загалом, так і з наслідками конфлікту. Це зумовлює факт балансу інтересів між конфліктними групами.

За результатами опитування Фонду «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва у 2019 році (рис. 1), лише 8,6% опитаних готові підтримати повну амністію для всіх учасників збройного конфлікту на сході України [13]. Нове загальнонаціональне дослідження того ж центру у 2020 році показало, що відсоток прихильників широкої амністії знизився майже вдвічі і на кінець 2020 року становив 4,5% (рис. 2) [14]. Відповідно, реалізація амністії в безумовному форматі створить не виправданий дисбаланс інтересів в суспільстві.

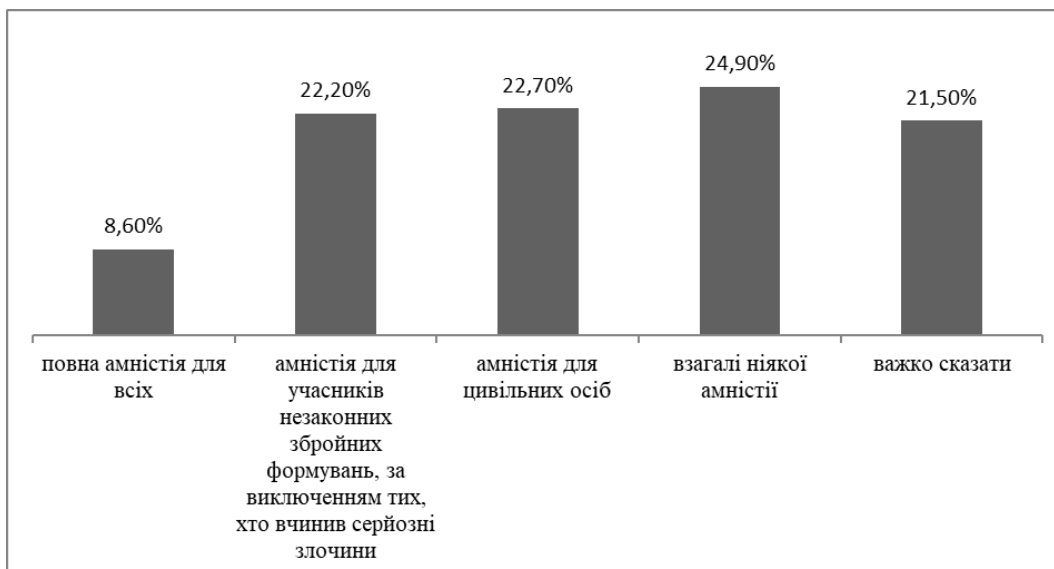


Рис. 1. 13 питання («Відповідно до Мінських Угод треба буде вирішити питання щодо амністії тих, хто був задіяний у військовому конфлікті на Донбасі. Як Ви вважаєте, кого має стосуватися амністія?») опитування Фонду «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва

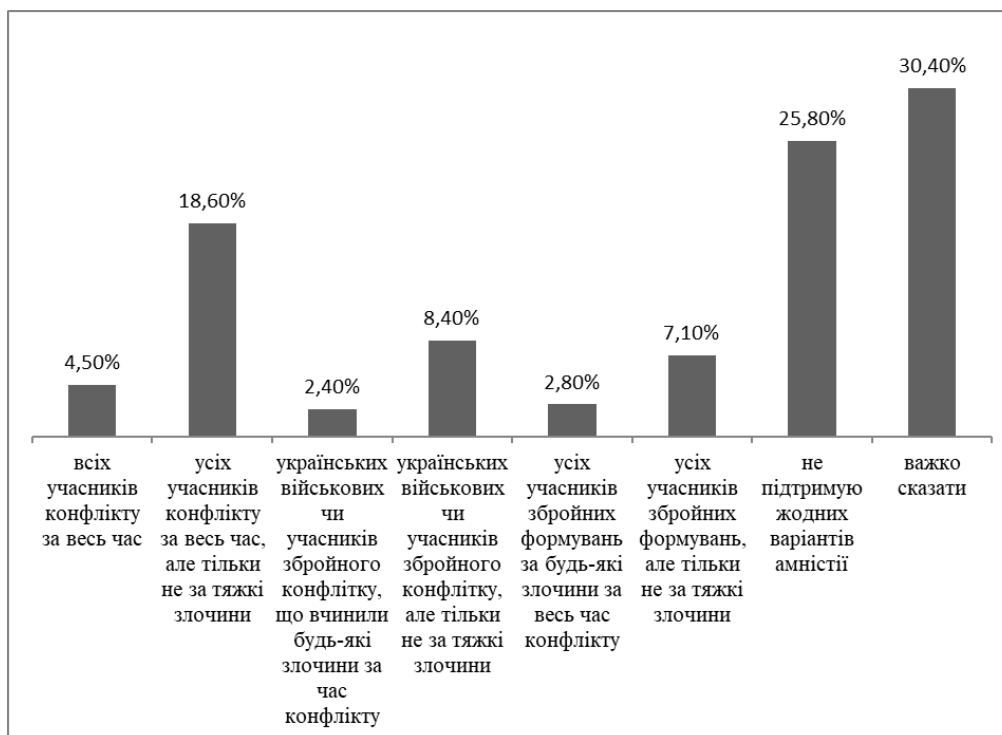


Рис. 2. Опитування Фонду «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва у 2020 році щодо ставлення до амністії за злочини на сході України і кого вона має стосуватися

Умовні амністії, які є своєрідною антитезою щодо нульових амністій, мають дещо більшу історію застосування. Вибірка АСРА містить інформацію про 177 умовних амністій [9]. При цьому більшість форматів обмежених амністій є індивідуалізованими стосовно кожного конфлікту і, відповідно до Белфастських керівних рекомендацій щодо амністії і відповідальності, вирізняються метою, часовими та територіальними рамками, категоріями кримінальних правопорушень та (або) колом осіб, до яких вона може бути застосована, та деякими іншими умовами [15, с. 10–17].

Такі амністії є більш ефективними, оскільки можуть враховувати міжнародні зобов'язання країни та інтереси

превалюючих груп населення, що дасть змогу пришвидшити процес реінтеграції та знизити прояви сепаратизму.

До того ж реалізація амністії в обмеженому форматі в разі встановлення обов'язку для учасників збройного конфлікту надати інформацію про можливі факти вчинення іншими особами кримінальних правопорушень дасть змогу органам досудового розслідування отримати інформацію щодо кримінальних правопорушень, які були вчинені на непідконтрольних територіях. Зацікавленість органів досудового розслідування щодо такої інформації підтверджується діяльністю Служби Безпеки України в рамках програми, започаткованої у 2015 році, «На

тебе чекають вдома». Програма передбачає звільнення від кримінальної відповідальності для осіб, які «добровільно відмовилися від участі в діяльності терористичних груп та НЗФ, не брали участі у вбивствах, тортурах, зґвалтуваннях, нападах на підприємства, установи, організації та інших тяжких злочинах; щиро готові сприяти в розкритті злочинів, вчинених у зв'язку із створенням або діяльністю такої групи чи формування, та припиненні їх діяльності». Станом на початок 2020 року програмою скористалися понад 390 осіб [16]. Такі відомості можуть потенційно пришвидшити процес досудового розслідування та притягнення до відповідальності тих осіб, на яких закон про амністію поширюватись не буде.

Висновки. Отже, амністія – складова частина концепції перехідного правосуддя, що застосовується уповноваженим органом державної влади в широкому чи обмеженому форматі. Обґрунтованість підстав застосування амністії для учасників збройного конфлікту на сході України зумовлена необхідністю реалізації Комплексу заходів щодо виконання Мінських угод від 12 лютого 2015 року, зокрема його п. 5, та врахуванням можливостей пенітенціарної системи нашої держави. Як висновок, міжнародні зобов'язання та суспільний запит дають підстави визнати належним реалізацію амністії в обмеженому (умовному) форматі щодо учасників збройного конфлікту в окремих районах Донецької та Луганської областей.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про державну політику перехідного періоду : Проект Закону України. URL: <https://bit.ly/pdppp> (дата звернення: 05.02.2021).
2. Мартиненко О.А., Блага А.Б. Концепція перехідного правосуддя в Україні: уведення у площину юридичної науки. *Юридичний вісник*. 2019. № 4. С. 30–35.
3. United Nations Approach to Transitional Justice : Guidance note of the secretary-general of UN. 2010. 11 p.
4. Про застосування амністії в Україні : Закон України від 01.10.1996 р. № 392/96-ВР : станом на 3 лип. 2020 р. *Відомості Верховної Ради України*. № 48. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/96> (дата звернення: 05.02.2021).
5. Комплекс мер по выполнению Минских соглашений. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе. URL: <https://www.osce.org/140221> (дата звернення: 05.02.2021).
6. Усатий Г.О. Кримінально-правові наслідки звільнення від кримінальної відповідальності бойовиків з ОРДЛО. *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали VIII міжвузівської науково-теоретичної конференції, м. Київ, 16 листопада 2017 р. Київ : Національна академія внутрішніх справ, 2017. С. 53–57.
7. Амністія – непопулярна тема перехідного правосуддя. Українська гельсінська спілка з прав людини. 21.05.2018. URL: <https://helsinki.org.ua/blogs> (дата звернення: 05.02.2021).
8. Report on Preliminary Examination Activities 2019. The Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. 05.12.2019. URL: <https://www.icc-cpi.int/Pages> (дата звернення: 05.02.2021).
9. The Amnesties, Conflict and Peace Agreement (ACPA) dataset. URL: <https://www.peaceagreements.org/amnesties/> (дата звернення: 05.02.2021).
10. «Вона деморалізує противника»: Фокін у Раді заговорив про загальну амністію на Донбасі. УНІАН. URL: <https://www.unian.ua/war> (дата звернення: 05.02.2021).
11. Росія закликає до «максимально широкої амністії» бойовиків. 15.12.2016. *Громадське телебачення*. URL: <https://hromadske.ua/post> (дата звернення: 05.02.2021).
12. Lesley-Ann Daniels. *Ending peace: amnesty as a tool in ending civil wars*. Barcelona, 2020. 178 p.
13. Шляхи досягнення миру на Донбасі: суспільні настрої, очікування, перестороги – загальнонаціональне опитування. 06.12.2019. Фонд «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. URL: <https://dif.org.ua/article/> (дата звернення: 05.02.2021).
14. Що українці знають та думають про права людини: оцінка змін (2016–2020). 10.12.2020. Фонд «Демократичні ініціативи» імені Ілька Кучеріва. URL: <https://dif.org.ua/article/> (дата звернення: 05.02.2021).
15. Белфастські керівні рекомендації щодо амністії та відповідальності з коментарями. Перекладено за вид.: *The Belfast Guidelines on Amnesty and Accountability* / УНЦПД. Київ : ФОП «Харченко В.О.», 2020. 88 с.
16. За програмою «На тебе чекають вдома» з окупованої частини Донбасу повернулися понад 390 осіб – СБУ. *Радіо Свобода*. URL: <https://www.radiosvoboda.org/a/news.html> (дата звернення: 23.02.2021).

**КРИМІНАЛІЗАЦІЯ ДОМАШНЬОГО НАСИЛЬСТВА
ЯК НОВЕЛА КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА В УКРАЇНІ****CRIMINALIZATION OF DOMESTIC VIOLENCE
AS A NOVELTY OF CRIMINAL LEGISLATION IN UKRAINE**

Володіна О.О., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права № 2

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Тітова В.І., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних питань сьогодення, а саме феномену «насильство в сім'ї», який є соціальним явищем. Важливим постулатом у цьому випадку є аналіз елементів складу домашнього насильства, криміналізованого Законом України від 6 грудня 2017 року № 2227-VIII. Приводом до внесення саме таких змін до чинного на той час Кримінального кодексу України стала ратифікація Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Саме вищезазначені зміни допомогли усвідомити вагомі наслідки насильства не лише щодо жінок, а й інших членів сім'ї, які хоч раз у житті стикалися з насильством. Автором досліджено особливості елементів складу злочину, передбаченого ст. 126-1 Кримінального кодексу України, а також проаналізовано види насильства, що входять до його складу. Указаний склад злочину досліджено через окремі складники його об'єктивної сторони. Насамперед автором розкрито фізичне, психічне, економічне насильство як способи вчинення цього делікту та їх ознаки. Досліджено фізичне насильство й наголошено на відсутності його термінологічного закріплення. Стосовно психологічного насильства надано обґрунтування щодо доцільності термінологічних змін у законі на «психічне» насильство. Третім видом насильства, який досліджено, є економічне. Констатовано й оцінено підходи щодо формулювання терміна «домашнє насильство». Автор зазначає, що масштаб висвітлення проблем домашнього насильства значно розширився в епоху сучасного інформаційного суспільства та супроводжується більш толерантним ставленням населення до фактів як насильства в сім'ї, так і до кримінальних протиправних проявів у цілому. З огляду на це, автором проаналізовано погляди науковців, які досліджували питання домашнього насильства, на основі чого здійснено висвітлення основних аспектів цього феномена та визначеного вплив домашнього насильства на аспекти життя потерпілих від негативних наслідків насильства, а отже, це означає, що вони потребують законодавчо закріплених гарантій щодо своєї безпеки.

Ключові слова: злочини проти життя і здоров'я особи, домашнє насильство, фізичне насильство, економічне насильство, психічне насильство, психологічне насильство.

The article is devoted to one of the most pressing issues of today, namely the phenomenon of "domestic violence", which is a social phenomenon. An important postulate in this case is the analysis of the elements of domestic violence, criminalized by the Law of Ukraine № 2227-VIII of December 6, 2017. The reason for making such changes to the current Criminal Code of Ukraine was the ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence. It is the above mentioned changes that have helped to realize the significant consequences of violence not only for women, but also for other family members who have experienced violence at least once in their lives. The author investigated the features of the elements of the crime under Art. 126-1 of the Criminal code of Ukraine, and also the types of violence which are a part of it are analyzed. The specified structure of a crime is investigated through separate components of its objective party. First of all, the author reveals physical, mental, economic violence as ways to commit this crime and their signs. Physical violence has been studied and its lack of terminology has been emphasized. With regard to psychological violence, a justification is provided for the expediency of terminological changes in the law on "mental" violence. The third type of violence that has been investigated is economic violence. Approaches to the formulation of the term "domestic violence" are stated and evaluated. The author notes that the scope of coverage of the problems of domestic violence has significantly expanded in the age of modern information society and is accompanied by a more tolerant attitude of the population to the facts of domestic violence and criminal offenses in general. With this in mind, the author analyzes the views of scholars who have studied the issue of domestic violence, based on which the main aspects of this phenomenon and the impact of domestic violence on aspects of life of victims of negative violence, and therefore means that they need legislation established guarantees for their safety.

Key words: crimes against life and health, domestic violence, physical violence, economic violence, mental violence, psychological violence.

Постановка проблеми. Домашнє насильство давно вже ввібрало всі негативні явища сучасного суспільства. З огляду на це, одним із актуальних питань, яке потребує вирішення державою та суспільством, є подолання будь-яких проявів насильства в сім'ї.

Як відомо, насильство є однією з форм суспільно небезпечної поведінки людини, що зумовлено соціально-економічними, політичними й морально-психологічними умовами життя суспільства, яке є іманентним будь-якій поведінці людини. Саме цей факт є причиною вчинення значної кількості злочинів та умовою диференціації кримінальної відповідальності за них.

Однак ще донедавна, а саме до 11 січня 2019 року, за домашнє насильство була передбачена лише адміністративна відповідальність відповідно до ст. 173-2 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

Зараз важко уявити, що ще 2 роки тому людина, яка відчула на собі наслідки домашнього насильства, могла домогтися для злочинця, тоді ще правопорушника, лише

адміністративного покарання. Важливим кроком до вдосконалення кримінального законодавства стала Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, завдяки якій були внесені відповідні зміни до Кримінального кодексу України.

Однак чи стало це вирішенням проблеми домашнього насильства, важко сказати, але точно стало перетворенням просто правопорушення в злочин зі зміною суб'єкта, тобто з правопорушника в злочинця.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вагомий внесок у дослідження теоретичних питань, пов'язаних із домашнім насильством, зробили такі вчені України, як Н.І. Гнатюк, А.А. Запорожець, Ю.М. Слухаєнко, С.І. Ожегов, Л.Д. Гаухман, А.А. Вознюк, А.В. Наумов, О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк та інші.

Метою статті є аналіз сучасного стану й пошук шляхів удосконалення законодавства про запобігання та протидію домашньому насильству.

Виклад основного матеріалу. Сьогодні проблема домашнього насилля є досить поширеною у вимірі сучасного соціального простору, а також однією з найбільш розповсюджених у світі форм порушення прав людини. Домашнє насилля вважається серйозною проблемою в кожній країні, де вивчається це питання [8, с. 17].

Домашнє насилство є однією з найсерйозніших форм порушення прав людини та одним із найпоширеніших злочинів. На жаль, воно є занадто травматичним видом насильства й залишає відбиток на все подальше життя потерпілої особи [10, с. 149].

Як вважає Ю.М. Слухаєнко, домашнє насилство – це постійне насилство й образи. Це ситуація, у якій потерпілий зазнає утисків, але продовжує ділити з агресором житло, перебуваючи у фінансовій залежності від нього або через почуття любові до нього. Домашнє насилство є продуктом сімейних особистих конфліктів [14, с. 104]. С.І. Ожегов визначає поняття «насилство» як вимушений вплив на будь-кого, порушення особистої недоторканності [13, с. 292]. Л.Д. Гаухман, пояснюючи цей термін, виділяє фактичні та юридичні ознаки насильства. До фактичних він відносить об'єктивні ознаки, спосіб дії та суб'єктивні ознаки, що характеризують ставлення до дії. Як юридичні ознаки він визначає незаконність і загальну небезпеку дії [6, с. 4].

Можемо погодитися з позиціями вищезазначених науковців, адже кожен з них по-різному вбачає поняття домашнього насилля, усі вони є правильними. Однак різниця їх полягає в тому, що, наприклад, Ю.М. Слухаєнко та С.І. Ожегов більше враховують психологію впливу на потерпілу особу, а Л.Д. Гаухман характеризує цей злочин згідно з нормами кримінального законодавства.

Якщо ж ми звернемося за конкретизацією до Конвенції Ради Європи про запобігання насилству стосовно жінок і домашньому насилству та боротьбу із цими явищами, то, відповідно до п. в ст. 3, домашнє насилство означає всі акти фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, які відбуваються в лоні сім'ї чи в межах місця проживання або між колишніми чи теперішніми подружжями або партнерами, незалежно від того проживає правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні або незалежно від того проживав правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні [1]. У цьому випадку ми вже можемо спостерігати, що Конвенція враховує всі види домашнього насилля та більш детально його характеризує. Варто підкреслити, що таке визначення передусім відповідає сталим напрацюванням американських дослідників. Так, Звіт оперативної групи з питань насильства та сім'ї Американської асоціації психологів 1996 року також відносить до домашнього насильства фізичне, сексуальне, психологічне й економічне насилство [25].

Звернемо увагу на те, що визначення окремих різновидів (форм) домашнього насильства представлено в Законі України «Про запобігання та протидію домашньому насилству» від 07.12.2017, а саме: *економічне насилство*, що включає умисне позбавлення житла, їжі, одягу, іншого майна, коштів чи документів або можливості користуватися ними, залишення без догляду чи піклування, перешкоджання в отриманні необхідних послуг з лікування чи реабілітації, заборону працювати й інші правопорушення економічного характеру; *психологічне насилство*, що включає словесні образи, погрози в тому числі щодо третіх осіб, приниження, переслідування, залякування, інші діяння, спрямовані на обмеження волевиявлення особи, контроль у репродуктивній сфері тощо; *фізичне насилство*, що включає ляпаси, стусани, штовхання, щипання, шмагання, кусання, а також незаконне позбавлення волі, нанесення побиттів, мордування, заподіяння тілесних ушкоджень різного ступеня тяжкості, залишення в небезпеці, ненадання допомоги особі тощо [2].

Важливим аспектом залишається те, що всі вище перелічені види (форми) домашнього насилля були вне-

сені з метою реалізації положень Стамбульської конвенції в законі про кримінальну відповідальність [3], які набрали чинності 11.01.2019. Як результат – з'явилися нові законодавчі положення, зокрема криміналізоване домашнє насилство шляхом доповнення статтею 126-1 Кримінального кодексу (далі – КК) України.

Як слушно зазначає А.А. Вознюк, у законі про кримінальну відповідальність застосовано модель, яка передбачає окремий склад злочину – «домашнє насилство» (ст. 126-1 КК України) – та окрему кваліфікуючу ознаку певних складів злочинів (ч. 2 ст. 152, ч. 2 ст. 153 КК України) – «вчинення злочину щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах».

Але, провівши дослідження, А.А. Вознюк дійшов висновку, що ця модель має недоліки, серед яких є й те, що може скластися хибне враження, що всі випадки домашнього насильства охоплюються ст. 126-1 КК України, і те, що виникають проблеми, пов'язані з установленням того факту, які випадки домашнього насильства варто кваліфікувати виключно за цією статтею, а які потребують додаткової кваліфікації за іншими статтями Особливої частини КК України. Також серед проблем науковець виділяє відмінність домашнього насильства як злочину від домашнього насильства як адміністративного правопорушення й те, що модель закону про кримінальну відповідальність створює передумови для порушення принципу *non bis in idem*.

Можемо погодитися з думкою А.А. Вознюк, але й додамо, що в цьому випадку слушно дослідити всі елементи складу злочину та надати їм відповідну характеристику.

Отже, основним безпосереднім об'єктом домашнього насильства, згідно зі ст. 126-1 КК України, є суспільні відносини щодо кримінально-правової охорони фізичного та психологічного здоров'я одного з подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах. Додатковим факультативним об'єктом цього злочину можуть бути право власності, воля, честь і гідність особи, сімейні та близькі відносини тощо [4, с. 7–9].

Об'єктивна сторона злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, може полягати в таких формах: 1) систематичному вчиненні фізичного насильства; 2) систематичному вчиненні психологічного насильства; 3) систематичному вчиненні економічного насильства; 4) систематичному вчиненні різних видів такого насильства (фізичного та психологічного, психологічного й економічного тощо) [5, с. 111].

У цьому випадку аналіз диспозиції свідчить про те, що відповідна кримінально-правова норма породжує більше проблем, ніж вирішує, оскільки: 1) є не чітко визначена диспозиція, яку можна тлумачити по-різному; 2) ст. 126-1 КК України не охоплює більшість випадків домашнього насильства, яке криміналізоване в інших статтях закону про кримінальну відповідальність; 3) для визнання злочину домашнім насилством необхідно, щоб відповідні дії вчинялися систематично, що не дає можливості цій кримінально-правовій нормі ефективно виконувати функцію запобігання цим злочинам; 4) у разі кваліфікації злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, за сукупністю існує висока вірогідність порушення принципу *non bis in idem*.

Отже, буквально тлумачення об'єктивної сторони цього злочину дає підстави віднести до нього будь-які прояви домашнього насильства фізичного, психологічного чи економічного характеру. Проте варто врахувати, що зазначені різновиди насильства можуть охоплювати цілу низку різних видів суспільно небезпечних діянь, зокрема тих, які криміналізовані в інших складах злочинів [4, с. 9]. Наприклад, цікавим є той факт, що сьогодні законодавчого визначення поняття фізичного насильства взагалі не існує, хоча в науці кримінального права його визначення надано

багатьма вченими. Так, зокрема А.В. Наумов визначає його як будь-який суспільно небезпечний і протиправний безпосередній вплив на життя, здоров'я людини, її права та свободи [12, с. 51].

Щодо суб'єктів цього злочину, то, як слушно підкреслює Ленора Уокер, у США до суб'єктів домашнього насильства зазвичай відносять подружжя та партнерів, тоді як, наприклад, насильство щодо інших суб'єктів у межах сім'ї окреслюють іншим терміном, наприклад, насильство щодо дітей (child abuse) [26].

Конвенція переважно перейняла саме американську доктрину, адже сферою застосування до всіх видів насильства щодо жінок, зокрема домашнього насильства, а поширення Конвенції на чоловіків, дітей та людей літнього віку, що стали жертвами домашнього насильства лише заохочується сторонами [11, с. 92].

В українській правовій доктрині теж є цікаві позиції суду й протягом останніх місяців спостерігається позитивна динаміка щодо покарань за домашнє насильство. Українські суди масово приймають рішення про адміністративні й навіть кримінальні покарання для тих, хто застосовує насильство проти членів своїх родин. Важливо, що рішення стосуються як фізичного, так і психологічного насильства. І хоча Стамбульська конвенція до цього часу Україною не ратифікована, однак пряме посилання на неї в законі зобов'язує суд при визначенні «домашнього насильства» та «злочину, пов'язаного з домашнім насильством», брати до уваги не лише національне законодавство, а й положення цієї Конвенції, а також інших міжнародних договорів і дотичну практику міжнародних органів у тій частині, у якій вони важливі для розуміння її положень [9, с. 121].

Так, наприклад, один із перших вироків для домашнього насильника нещодавно виніс Літинський районний суд Вінницької області. Чоловіка неодноразово притягували до адміністративної відповідальності за домашнє насильство. Платив штраф 170 грн. Утім останній випадок був кваліфікований уже за ст. 126-1 КК України (домашнє насильство), тож чоловік опинився на лаві підсудних за кримінальною статтею. Слідство, а згодом і суд установили, що підсудний учинив «домашнє насильство, умисне систематичне вчинення психологічного насильства щодо особи, з якою винний перебуває у сімейних відносинах, що призводить до психологічних страждань, а також погіршення якості життя потерпілої особи» [19]. Раніше українські суди «обходили стороною» психологічні аспекти насильства й акцентували увагу на видимих фізичних наслідках. Тепер, як свідчать документи, ситуація змінюється, і цього разу насильник отримав покарання у вигляді двох місяців арешту [24].

Також нерідко суди ще притягують осіб за домашнє насильство лише до адміністративної відповідальності. Можливо, це відбувається через ще неготовність українського законодавства до реалів інших європейських країн, а може через перекладання відповідальності. Так, наприклад, Миколаївський районний суд Одеської області покарав онука, який учинив домашнє та психологічне насильство над бабусею, він заплатив штраф, тобто поніс лише адміністративну відповідальність [21]. Убачається, що штраф може бути адекватним покаранням лише в разі неведення спільного побуту.

Однак жертвами домашнього насильства стають не лише жінки. Так, у справі Іллічівського районного суду Маріуполя йдеться про те, що жінка «вчинила відносно свого співмешканця домашнє насильство психологічного та фізичного характеру, що полягає в умисних діях, а саме – штовхала, висловлювалась в його сторону нецензурною лайкою та погрожувала фізичною розправою, внаслідок чого могла бути заподіяна шкода психологічному здоров'ю» [22].

Бувають і випадки, коли суд звільняє від відповідальності осіб, які вчинили домашнє насильство. Так, напри-

клад, Миколаївський суд Одеської області, розглянувши матеріали, звільнив від адміністративної відповідальності чоловіка, який учинив домашнє насильство психологічного характеру стосовно своєї племінниці. Суд у рішенні посилався на те, що особа визнала свою вину в повному обсязі [20].

Автори науково-практичного посібника «Судовий розгляд справ, пов'язаних із вчиненням насильства у сім'ї в Україні», здійснюючи аналіз судової практики до внесення змін до КК України щодо домашнього насильства, констатують, що суди практично не зважали на історію насильства в сім'ї й не брали до уваги, що таке насильство могло існувати роками та вчинений злочин є епізодом у багаторічному знуванні над родиною, визнавали недоцільним дослідження доказів щодо фактичних обставин учинення злочину підсудною особою. Звичайно, такий підхід сприяв оперативному розгляду, водночас суди не зважали на важливі обставини справи [15, с. 107].

Важливим також залишається й суб'єктивна сторона злочину, адже на основі аналізу положень законодавства можна зробити висновок, що встановлення факту усвідомлення особою суспільної небезпеки свого діяння при здійсненні фізичного, психологічного й економічного домашнього насильства та бажання вчинити саме це діяння свідчить про віднесення домашнього насильства до злочинів, суб'єктивна сторона яких характеризується виною у формі прямого умислу. Однак, як доводить у роботі С.О. Федоров, домашнє насильство може вчинятися й у формі непрямого умислу.

Також С.О. Федоров звертає увагу на те, що систематичність умислу означає, що для наявності складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України, необхідно, щоб умисел мав систематичний характер, тобто винний здійснив умисно фізичне, психологічне чи економічне насильство принаймні три рази. Установлення мотиву та мети домашнього насильства, на відміну від вини, є не обов'язковим. Їх визначення не впливає на питання про наявність у діяннях особи складу злочину, передбаченого ст. 126-1 КК України [16, с. 56–58]. Така ж позиція відображена й у деяких вироків суду [17; 18].

З огляду на вищезазначене, неоціненним залишається також тлумачення терміна «психологічне насильство». На думку А.А. Запорожець, щоб розкрити поняття «психологічне насильство», варто звернутися до його предмета. Психологія – одна з наук про людину. Об'єктом її вивчення є найскладніша сфера життєдіяльності людини – психіка. Тобто «психологія» і «психіка» співвідносяться як ціле та частина. У такому розумінні «психологія» є загальною категорією, а «психіка» – безпосередньою [10, с. 150].

Отже, на нашу думку, законодавець не дотримався традиційного підходу в застосуванні термінології. Як «*de lege ferenda*» в цьому випадку можна було б запропонувати таку формулу поняття, а саме «психологічне насильство» становить правову форму, яка встановлена в ст. 126-1 КК України, а матеріальний зміст такої форми відображається саме через «психічне насильство».

Отже, домашнє насильство є складним феноменом, наслідки якого зазвичай охоплюють кілька сфер: фізичну (соматичне здоров'я), емоційну, економічну, сексуальну. Будь-який вид насильства призводить до деструкції особистості постраждалої сторони, адже сексуальний примус обов'язково тягне за собою приниження гідності, фізичне насильство також має значний вплив не лише на соматичну (тілесну), а й на моральну, емоційну сфери особистості, тобто є водночас і психологічним [14, с. 107].

Але в будь-якому випадку основною метою є вчасно запобігти домашньому насильству, допомогти постраждалій особі та покарати кривдника. Домашнє насильство завжди залишає слід, ігнорувати проблему не можна. Наприклад, Голова Національної поліції в інтерв'ю 7 жовтня 2019 року зауважив, що, коли поліція прибуває на виклик

стосовно домашнього насильства, жінки часто або відмовляються подавати заяву, або забирають її за день-два [23]. Такі слова підтверджуються й опитуванням, проведеним за підтримки Фонду народонаселення ООН та ініціативи МВС України. Офіційні заяви на кривдників одразу на місці події або у відділенні поліції написали менше половини потерпілих громадян. Решта не подавали заяву на порушників, при цьому 5% респондентів поінформували, що підготовлені ними заяви не були зареєстровані в поліції [7, с. 43].

На нашу думку, це безвідповідально, адже, спостерігаючи за тривалим насильством між батьками, дитина з високою долею ймовірності звикнеться з думкою, що така поведінка є нормою, а будь-які звернення до правоохоронних органів є безглуздими. Таке посилюється й умовляннями родичів не звертатися до правоохоронних органів, і страхом перед кривдником, і негативними відгуками стосовно роботи Національної поліції. Зважаючи на такий досвід, отриманий у дитинстві, у майбутньому така дитина з більшою ймовірністю може стати або жертвою, або кривдником [11, с. 94].

Висновки. Отже, підсумовуючи викладене, варто зазначити, що криміналізація домашнього насильства в Україні, безперечно, є необхідним нововведенням у нашому суспільстві, адже саме ці норми передбачають відповідальність за такий жорстокий злочин, як домашнє насилля. Перевагами в цьому вдосконаленні національного законодавства вже на цей момент є той факт, що суди притягують до кримінальної відповідальності кривдників за статтею 126-1 КК України, хоча ще донедавна ці особи несли лише адміністративну відповідальність. Тим не менше домашнє насильство потребує деталізації тлумачення та пошуку відповідей на питання щодо потерпілого, а саме особи, з якою винний перебуває в «близьких до сімейних» відносинах, наслідків, заподіяваних цим злочином, співвідношення зі статтею, що передбачає відповідальність за сексуальне насильство, яке, по суті, є складником домашнього, співучасті тощо. З огляду на це, можемо сподіватися, що вже зовсім скоро наша країна перейме досвід інших зарубіжних країн, які вже мають злагоджений механізм дії на осіб, що вчинили домашнє насилля, і цей досвід стане корисним у розбудові європейської правової держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська Конвенція) : довідник Для членів парламенту (переклад українською мовою). (2014). URL: <https://rm.coe.int/1680096e45> (дата звернення: 14.02.2021).
2. Про запобігання та протидію домашньому насильству : Закон України від 07.12.2017 № 2229-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19> (дата звернення: 14.02.2021).
3. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон України від 06.12.2017 № 2227-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19> (дата звернення: 13.02.2021).
4. Вознюк А.А. Кримінальна відповідальність за домашнє насильство: актуальні питання теорії та практики. *Форум права*. 2019. № 55 (2). С. 7–9.
5. Вознюк А.А. Обмежувальні заходи, що застосовуються до осіб, які вчинили домашнє насильство. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу, криміналістики та оперативно-розшукової діяльності* : тези III Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Хмельницький, 1 березня 2019 року). Хмельницький : Вид-во НАДПСУ, 2019. С. 111.
6. Гаухман Л.Д. Борьба с насильственными посягательствами. Москва, 1969. 120 с.
7. Герасименко Г.В. Проблеми реагування правоохоронних органів на домашнє насильство крізь призму громадської думки. *Демографія та соціальна економіка*. 2018. № 2 (1). С. 43.
8. Гнатюк Н.І., Василенко О.М. Проблема насильства у сучасній сім'ї: теоретичні аспекти. *Збірник наукових праць Хмельницького інституту соціальних технологій Університету «Україна»*. 2014. № 1 (9). С. 17.
9. Дудоров О.О., Хавронюк М.І. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі : науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.
10. Запорожець А.А. Криміналізація домашнього насильства – новела кримінального законодавства України. *Вісник кримінального судочинства*. 2018. № 1. С. 149–150.
11. Мельянков В.С. Проблема криміналізації домашнього насильства. *Логос : міжнародний мультидисциплінарний науковий журнал. Серія «Мистецтво наукової думки»*. 2020. № 10. С. 92–94.
12. Наумов А. Уголовно-правовое значение насилия. *Насильственная преступность*. Москва : Спарк, 1997. 152 с.
13. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва, 1989. 518 с.
14. Слухаєнко Ю. М. Домашнє насильство як об'єкт кримінально-правового дослідження. *Правовий часопис Донбасу*. 2020. № 4 (73). С. 104–107.
15. Судовий розгляд справ, пов'язаних із вчиненням насильства в сім'ї в Україні: проблеми відповідності міжнародним стандартам та шляхи вдосконалення : науково-практичний посібник / М.В. Євсюкова, Г.О. Христова, О.А. Шаповалова та ін. Київ : Ваіте, 2011. 196 с.
16. Федоров С.О. Кримінально-правова характеристика домашнього насильства : робота на здобуття освітнього ступеня магістра за спеціальністю 081 «Право» / Чорноморський національний університет імені Петра Могили. Миколаїв, 2020. С. 56–58.
17. Вирок Суворовського районного суду м. Одеси у справі № 523/3115/19 від 25.03.2019. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/80666863> (дата звернення: 15.02.2021).
18. Вирок Мукачівського міськрайонного суду Закарпатської області у справі 303/4202/19. (2019). Дата набрання законної сили – 20.08.2019. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83122317> (дата звернення: 14.02.2021).
19. Єдиний Державний реєстр судових рішень. Справа № 137/788/20. URL: <https://www.uacourt.openregister.info/kryminalni-spravu-z-01-01-2019-40438/zlochyny-proty-zhytlya-ta-zdorovya-osoby-40495/domashnye-nasylstvo-12591?document=94156152> (дата звернення: 14.02.2021).
20. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 508/1311/19. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/87048615> (дата звернення: 13.02.2021).
21. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справа № 508/476/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90310364> (дата звернення: 15.02.2021).
22. Єдиний державний реєстр судових рішень. Справи № 264/2768/20, № 3/264/1603/2020. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90313187> (дата звернення: 14.02.2021).
23. Клименко И. Полиция в политике принимать участие не будет. LB.ua. 2019. URL: https://lb.ua/news/2019/10/07/439088_igor_klimenko_politsiya_politike.html?fbclid=IwAR3RHRUpDt5OZDgKIX2B29seE_2OEp715F8-mp7BmtRk5vEnLmPKs7rR_U (дата звернення: 14.02.2021).
24. Покарання за домашнє насильство: крига зрушила. *Форпост*. URL: <http://forpost-center.org/pokarannya-za-domashnye-nasylstvo-kryga-zrushyla/> (дата звернення: 15.02.2021).
25. American Psychological Association. (1996). *Violence and the Family: Report of the American Psychological Association Presidential Task Force on Violence and the Family*. URL: https://books.google.com.ua/books/about/Violence_and_the_Family.html?id=rRUEAQAIAAJ&redir_esc=y (дата звернення: 12.02.2021).
26. Lenore E. Walker (1999). *Psychology and Domestic violence around the world*. URL: https://www.researchgate.net/publication/232490035_Psychology_and_domestic_violence_around_the_world (дата звернення: 12.02.2021).

ПРАВО НА МЕДИЧНУ ДОПОМОГУ ОСІБ, УВ'ЯЗНЕНИХ ДО ПОЗБАВЛЕННЯ ВОЛІ**THE RIGHT TO MEDICAL CARE FOR PERSONS IMPRISONED****Діброва Т.А., студентка III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Пісенко Д.О., студентка III курсу***Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого***Ткачова О.В., к.ю.н., доцент,
викладач кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого**

Наукову статтю присвячено проблемі реалізації права на медичну допомогу осіб, ув'язнених до позбавлення волі в Україні. Проаналізовано законодавче закріплення права ув'язнених на охорону здоров'я та медичну допомогу, а також сучасний стан системи охорони здоров'я в установах ДКВС України. Взято до уваги як національне законодавство у сфері забезпечення прав засудженим, так і міжнародні стандарти гарантування прав та свобод відповідним категоріям. Висвітлена актуальність зазначеної проблеми в контексті порушення фундаментального права засуджених на охорону здоров'я та належне медичне забезпечення.

До того ж у статті наведено перелік нагальних проблем, які пов'язані з відбуванням покарання до позбавлення волі. Констатована відсутність належного рівня надання медичної допомоги засудженим, причиною якої слугує низка факторів, одним із яких є недостатнє фінансування медичного забезпечення з боку держави. Авторки наводять дані, отримані під час моніторингів, візитів до установ виконання покарань, здійснених як державними органами, так і відповідними громадськими організаціями, серед яких: недостатня кількість медичних працівників, брак ліків, незаконна господарська діяльність із медичної практики, бездіяльність адміністрації установ виконання покарань.

Приділено увагу визначенню причин поширення ВІЛ-інфекції в місцях позбавлення волі, серед яких, на думку авторок, чільне місце посідає бездіяльність та відсутність відповідальності серед ув'язнених. Також висвітлюється проблема ненадання медичної допомоги в'язням, які хворіють на туберкульоз, а також переривання курсу потрібного та призначеного курсу лікування, що призводить до погіршення стану хворих засуджених. Авторки статті підкріплюють свої твердження прикладами із судової практики, зверненнями ув'язнених, статистичними даними.

Ключові слова: право на медичну допомогу, право на охорону здоров'я, медична допомога ув'язненим, позбавлення волі, медичні послуги у місцях позбавлення волі.

The scientific article is devoted to the problem of realization of the right to medical care of persons imprisoned in Ukraine. The legislative consolidation of the right of prisoners to health care and medical assistance, as well as the current state of the health care system in the institutions of the State Penitentiary Service of Ukraine are analyzed. Both national legislation in the field of ensuring the rights of convicts and international standards of guaranteeing the rights and freedoms of the relevant categories are taken into account. The urgency of this problem is highlighted in the context of violation of the fundamental right of convicts to health care and adequate medical care.

In addition, the article lists the urgent problems associated with serving a sentence of imprisonment. The lack of an adequate level of medical care for convicts was stated, which is caused by a number of factors, one of which is insufficient funding of medical care by the state. The authors cite data obtained during monitoring, visits to penitentiary institutions carried out by both state bodies and relevant public organizations, including: insufficient number of health workers, lack of drugs, illegal economic activities in medical practice, inaction of the administration of penitentiary institutions.

Attention is paid to identifying the causes of the spread of HIV in prisons, among which, according to the authors, inaction and lack of responsibility among prisoners are prominent. The problem of non-provision of medical care to prisoners suffering from tuberculosis, as well as interruption of the required and prescribed course of treatment, which leads to the deterioration of the condition of sick convicts, is also highlighted. The authors of the article support their statements with examples from judicial practice, appeals of prisoners, and statistical data.

Key words: right to medical care, right to health care, medical care for prisoners, imprisonment, medical services in places of imprisonment.

Відповідно до ст. 49 Конституції України кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Зазначене право гарантується державою усім громадянам. Важливим завданням є забезпечення права на медичну допомогу засудженим, які згідно зі ст. 63 Конституції України користуються всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду.

Так, за ст. 8 КВК засуджені мають право на охорону здоров'я, яка забезпечується системою медико-санітарних і оздоровчо-профілактичних заходів, а також поєднанням безоплатних і платних форм медичної допомоги. Ю.В. Назарко справедливо підкреслює, що, незважаючи на регламентацію права на охорону життя, здоров'я у нормах не тільки національного законодавства, але й на міжнародному рівні, головним завданням держави є його ефективна реалізація на практиці, забезпечення рівного доступу до високоякісної медичної допомоги, профілактики та лікування захворювань, інформування населення з метою протидії розповсюдженню таких хвороб, як ВІЛ, гепатит тощо [8, с. 122].

Питанню глумачення права ув'язнених на охорону здоров'я та медичну допомогу, дослідженню проблем, які постають у процесі його реалізації, а також деяким іншим питанням присвятили свої праці К.А. Автухова, І.В. Боднар, А.П. Геля, І.В. Іванькова, Н.О. Корнієнко, Ю.О. Дем'яненко, Л.І. Олефір, О.О. Стулова, О.Г. Колба, Р.Б. Хобора, В.М. Романов, Н.В. Рябих, І.С. Яковець та ін. Водночас проведений аналіз наукового матеріалу дозволив визначити недостатність дослідження сучасного стану системи охорони здоров'я в установах ДКВС України. Також, з огляду на масив судових рішень із приводу недотримання фундаментального, невід'ємного права засуджених на охорону здоров'я та на медичну допомогу, можна зробити висновок про актуальність піднятої проблеми в Україні та потребу подальших наукових досліджень із метою аналізу нагальних проблем, а також пошуку шляхів боротьби з ними.

Актуальність цього питання також пов'язана з тим, що місця несвободи виступають одним з основних джерел розповсюдження тяжких хвороб. Через утруднену реалі-

зацію права на медичну допомогу виникає підґрунтя для поширення тяжких та небезпечних хвороб. Констатуємо наявність патологічного замкненого кола: ув'язнені, які страждають через відсутність реалізації їхнього права на медичну допомогу у випадку з інфекційними захворюваннями наражають на небезпеку інших в'язнів, працівників установ виконання покарань. У свою чергу працівники, які мають постійний контакт із «зовнішнім» світом, наприклад, в умовах пандемії COVID-19, через відсутність належних засобів захисту виконують функцію джерела цього захворювання. Це коло може бути розірвано лише шляхом належного врегулювання відповідних процедур та забезпечення їх ефективними механізмами реалізації.

Важливо наголосити на тому, що стан здоров'я засуджених впливає також на здоров'я всіх українців. На думку доктора медичних наук Сергія Дворяка, почесного Голови Правління Українського інституту політики громадського здоров'я, згідно з дослідженнями, поширення, наприклад, ВІЛ-інфекції у 22 рази вище, ніж на волі. А вже кожен в'язень рано чи пізно повертається до суспільства, в якому, на жаль, відсутня належна медична допомога та профілактика, що тільки сприяє поширенню епідемій [1].

Звернувшись до Основ законодавства України щодо охорони здоров'я від 19.11.1992 року, а саме до ст. 3, слід наголосити, що медична допомога у національному законодавстві визначається як відповідна діяльність професійно підготовлених медичних працівників, що спрямована на профілактику, діагностику, лікування та реабілітацію у зв'язку з хворобами, травмами, отруєннями і патологічними станами, а також у зв'язку з вагітністю та пологами. Відповідно, держава забезпечує умови для вільного доступу до медичної допомоги та ефективного обслуговування всіх громадян шляхом сприяння розвитку лікувальних закладів усіх форм власності, надання безплатної медичної допомоги у державних та комунальних закладах охорони здоров'я медичної допомоги, існуючу мережу яких заборонено скорочувати, охоплення населення всіма видами медичних послуг, доглядом за хворими, непрацездатними та інвалідами (ч. 1 ст. 49 Конституції України).

Медичне забезпечення засуджених осіб встановлюється як міжнародними стандартами, так і нормами національного законодавства України. Відповідно, Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями встановлюють такі вимоги до забезпечення медичного обслуговування осіб, що утримуються в установах пенітенціарної системи:

- медичне обслуговування організується у тісному співробітництві із загальною адміністрацією охорони здоров'я місцевого або національного рівня;
- медичне обслуговування забезпечується з метою виявлення та лікування будь-якого фізичного або психічного захворювання, які можуть перешкодити соціальній реадaptaції в'язнів після їх звільнення;
- лікувальне відділення, його приладдя, обладнання і ліки мають бути достатніми для забезпечення медичного обслуговування та лікування хворих в'язнів, і таке відділення має бути укомплектоване належним чином підготовленим персоналом;
- в'язні не повинні використовуватися для проведення експериментів, що можуть призвести до фізичної або моральної шкоди;
- лікар зобов'язаний здійснювати нагляд за станом фізичного і психічного здоров'я ув'язнених та здійснювати прийом хворих;
- лікар доповідає начальникові кожного разу, коли він вважає, що подальше утримання або будь-який режим мав або матиме негативні наслідки для фізичного або психічного стану здоров'я особи;
- лікар регулярно здійснює інспекції та консультує начальника установи з питань:

1) кількості, якості приготування та подання їжі та води;

2) стану санітарно-гігієнічних умов та чистоти в установі та серед в'язнів;

3) санітарно-технічного обладнання, опалення, освітлення та вентиляції установи;

4) придатності та чистоти одягу, спальних речей в'язнів тощо [Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями: Міжнародний документ ООН: від 30.08.1955 р. [6, п. 22-26].

В Україні медико-санітарне забезпечення засуджених у місцях позбавлення волі здійснюється на підставі норм Законодавства України про охорону здоров'я, Закону України «Про забезпечення санітарного та епідемічного благополуччя населення», Кримінально виконавчого кодексу України, нормативних актів Кабінету Міністрів України, Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства юстиції України та ін.

Суб'єктивне право засуджених осіб на безплатну медичну допомогу кореспондує обов'язок органів влади вчиняти необхідні дії з його забезпечення, що здійснюється за допомогою клінічного обстеження та нагляду за засудженими [11]. Відповідно до п. 3 Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань, в установах виконання покарань здійснюються: клінічне обстеження та нагляд за засудженими з метою оцінки стану здоров'я, у разі виявлення хвороб – надання медичної допомоги та встановлення працездатності; амбулаторне, стаціонарне і спеціалізоване лікування в закладах охорони здоров'я Державної кримінально-виконавчої служби України.

Надання закладами охорони здоров'я медичної допомоги громадянам, засудженим до позбавлення волі, здійснюється відповідно до Порядку організації надання медичної допомоги засудженим до позбавлення волі [10], який закріплює основні засади організації медичної допомоги засудженим та визначає взаємодію закладів охорони здоров'я ДКВС України із закладами охорони здоров'я щодо медичної допомоги засудженим до позбавлення волі.

Згідно зі встановленим Порядком, засуджені мають право звертатися за лікарськими консультаціями та лікуванням до закладів охорони здоров'я, що надають платні медичні послуги та не віднесені до відання центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері виконання кримінальних покарань. Оплата таких послуг і придбання необхідних лікарських засобів здійснюються засудженими або їх родичами за рахунок власних коштів. Консультації і лікування у таких випадках проводяться в медичних частинах за місцем відбування покарання під наглядом персоналу медичних частин установ виконання покарань. За потреби їм надається екстрена медична допомога в закладах охорони здоров'я [12, п. 3].

Однак слід взяти до уваги, що перелік лікарських засобів, які призначаються для надання безплатної медичної допомоги, не можна співвідносити з дійсними потребами засуджених. Застосований список включає найпростіші і найдешевші ліки, до того ж у мінімальних кількостях, що фактично встановлює граничну межу надання безплатної медичної допомоги.

Доречним буде додати, що у разі необхідності лікування в умовах стаціонару засуджений має право отримувати медичну допомогу і лікування, в тому числі платні медичні послуги за рахунок особистих грошових коштів чи коштів рідних та близьких, у зазначених закладах охорони здоров'я. Підставою для надання такої медичної допомоги є медичний висновок [5, ч. 5 ст. 116]. Виходячи зі згаданих норм, засуджені володіють правом вибору щодо найбільш зручної для них форми отримання медичної допомоги, але насправді це право обмежується фінансовими можливостями самого засудженого. Аналізуючи матеріальний стан засуджених осіб, можна сказати, що більшість із них є малозабезпеченими та обмеженими в ресурсах,

що означає, що вони не мають додаткових засобів для отримання медичної допомоги власним коштом через мінімальний розмір оплати праці в місцях позбавлення волі, тоді як держава не може забезпечити їм належний рівень медичного обслуговування на безоплатній основі, а тому конституційне положення про безоплатну медичну допомогу, яка забезпечує збереження та відновлення стану здоров'я, можна трактувати скоріше як декларативну норму. Медична допомога засудженим до довічного позбавлення волі організовується і надається безпосередньо в камері у присутності не менше трьох представників адміністрації установи виконання покарань. У разі необхідності надання екстреної медичної допомоги засуджені до довічного позбавлення волі переводяться до найближчого закладу охорони здоров'я [12, п. 3].

На лікаря покладається низка обов'язків: лікар або кваліфікована медична сестра обстежує кожного ув'язненого за першої нагоди; лікар або кваліфікована медична сестра обстежує ув'язненого на його прохання, а також оглядає всіх ув'язнених, якщо буде необхідність [4]. Беручи до уваги ці положення, можна наголосувати на відсутності належного рівня надання медичної допомоги засудженим. Причин низького рівня забезпечення права на медичну допомогу засудженим багато, серед них зокрема і недостатнє фінансування з боку держави.

Найбільш поширеними недоліками у сфері надання медичної допомоги засудженим особам є:

- недостатня кількість лікарів та медичного персоналу у медичних частинах установ виконання покарань;
- неналежне забезпечення медичних частин обладнанням та медикаментами;
- незадовільний рівень організації надання медичної допомоги ув'язненим (відсутність стаціонарів, інфекційних ізоляторів, ізоляторів для утримання осіб з психічними розладами тощо);
- неналежний рівень обстеження ув'язнених на ВІЛ-інфекцію та надання медичної допомоги хворим на ВІЛ/СНІД;
- відсутність заходів додаткової діагностики захворювань, окрім загальних обов'язкових та рентгенологічних обстежень;
- недостатнє знання персоналом установ положень і вимог міжнародних правових актів із прав людини, стандартів поведінки з в'язнями, невідповідність порядку ведення медичної документації вимогам чинного законодавства та ін. [16, с. 268–269].

До того ж М.В. Романов влучно відзначає, що положення, які стосуються медичного обслуговування засуджених, сформульовані дуже нечітко та некоректно. Наведені приклади з КВК України з погляду юридичної техніки сформульовані як диспозитивні положення. Тобто вони не надають в'язням відповідних прав і викликаного ними обов'язку адміністрації установ забезпечити засудженим медичним обслуговуванням певної якості, у певному обсязі та з певною частотою. Вказані положення лише дають адміністрації можливість на свій розсуд дозволити або не дозволити засудженому отримувати медичну допомогу або користуватися додатковими медичними послугами [3, с. 211].

З січня 2019 року Департамент реалізації національного превентивного механізму та моніторингу громадської організації «Україна без тортур» у співпраці з FREE ZONE здійснили візити у 9 виправних колоній України. Як зазначають представники організації, це були позапланові, без попередження перевірки установ із метою перевірки дотримання планового забезпечення засуджених. Олександра Гатіятулліна, керівниця громадської організації «Україна без тортур», наголосувала, що найбільшою проблемою, характерною для кожної з 9 установ, є недостатня кількість медичних працівників на місцях.

У листопаді 2018 року при Державній кримінально-виконавчій службі працював Центр охорони здоров'я,

основною метою якого є сприяння забезпеченню надання безперервної медичної допомоги засудженим та людям під вартою на належному рівні. Організація зазначає, що в деяких установах відсутні начальники медчастин, тому неможливо організувати медичний процес в установі. У деяких колоніях наявні лише фельдшери, які є середнім медичним персоналом, до компетенції яких не входить встановлення діагнозу [13].

Відповідно до Звіту за результатами повторного моніторингового візиту до державної установи «Вінницька установа виконання покарань (№ 1)» Центрально-Західного міжрегіонального управління з питань виконання кримінальних покарань та пробації Міністерства юстиції та Вінницької міської медичної частини філії ДУ «Центр охорони здоров'я Державної кримінально-виконавчої служби України» у Вінницькій області, проведеного 12-13.02.2020 року, в діяльності установи виявлені порушення, зокрема встановлений факт здійснення медичною частиною провадження медичної практики в порушення чинного законодавства без ліцензії на провадження медичної практики, що призвело до неналежної організації надання медичної допомоги. Згідно з даними Ліцензійного реєстру Міністерства охорони здоров'я, медична частина провадить господарську діяльність з медичної практики на підставі ліцензії Міністерства охорони здоров'я від 21.12.2019 № 2639 відповідно до Закону України «Основи законодавства України про охорону здоров'я», статті 6 Закону України «Про ліцензування видів господарської діяльності». Тобто у період реформування системи охорони здоров'я Державної кримінально-виконавчої служби України господарська діяльність з медичної практики здійснювалася без відповідної ліцензії, що суперечить чинному законодавству (ст. 17 Закону України про «Основи законодавства України про охорону здоров'я» та ст. 7 Закону України про «Ліцензування видів господарської діяльності») та свідчить про те, що медична частина № 1 більше 2 років провадила господарську діяльність з медичної практики незаконно. Нагальною залишається і проблема щодо обліку лікарських препаратів, оскільки деякі установи не мають провізорів, які могли би здійснити організацію обліку препаратів належним чином.

У Чорноморській колонії № 74 засуджені жінки скаржилися на неотримання медичної допомоги, відсутність ліків. Одна із ув'язнених запевняла, що не має змоги перевірити виявлену в неї пухлину на злоякісність. Актуальною є історія щодо хворої на рак засудженої, Ганни Солопової, яка лише завдяки рішенням Європейського суду з прав людини про тимчасові заходи за правилом 39 Регламенту Сулу змогла отримати хіміотерапію, проте не у повному обсязі і без дотримання належних умов лікування.

Тож перед ув'язненими, які потрапляють під повний контроль держави і направляються до місць несвободи, насамперед до установ виконання покарань Кримінально-виконавчої служби України, постає одразу кілька проблемних питань, як от: доступ для ув'язненого до медичної інформації та інформації про стан свого здоров'я; можливість для ув'язненого отримувати медичну допомогу та належне обслуговування; можливість отримувати правову допомогу, пов'язану з лікуванням, наданням медичних послуг та медичним забезпеченням.

Незважаючи на активні наукові розробки, обґрунтовані заходи протидії, ВІЛ-інфекція продовжує займати місце найактуальнішої проблеми у світі. За оновленими оціночними даними, станом на початок 2020 року в країні проживає 251 168 тисяч ВІЛ-позитивних людей, і понад 80 тисяч (32%) з них не знають про свій статус [7]. Відповідно до останніх даних Центру охорони здоров'я Державної кримінально-виконавчої служби, серед загальної кількості осіб, котрі перебувають у місцях позбавлення волі, яка становить понад 57 тисяч осіб, близько 3900 осіб заражені ВІЛ-інфекцією. [2].

Проблема полягає у пасивності та бездіяльності не тільки з боку держави, яка покликана забезпечувати безпеку громадянам та надавати належну медичну допомогу хворим, але й безпосередньо з боку осіб, які нехтують власним здоров'ям і життям та, відповідно, здоров'ям і життям оточення. Наприклад, відповідно до опитування, серед засуджених, які мають досвід споживання ін'єкційних наркотиків, майже 16% є ВІЛ-позитивними. Серед засуджених, які мали статеві стосунки з відвідувачами протягом останніх 6 місяців, майже половина зазначила, що ніколи не використовувала контрацептиви. Під час останнього статевого контакту лише кожен п'ятий із засуджених використовував контрацептив.

Існуюча раніше Державна пенітенціарна служба України звітувала, що основними перепонами для виконання запланованих показників профілактики та протидії захворюванню на ВІЛ/СНІД, вірусні гепатити та інші тяжкі хвороби є брак фінансування на проведення таких заходів із Державного бюджету; брак тест-систем у центрах профілактики та боротьби з СНІД для тестування на ВІЛ-інфекцію та вірусне навантаження; брак відділень для лікування ВІЛ-інфікованих; відсутність у закладах охорони здоров'я ДКВС України лабораторної бази для діагностики ВІЛ-інфекції та визначення ступеня імунодефіциту; брак взаємодії у лікуванні ВІЛ-інфікованих між Міністерством охорони здоров'я та ДКВС України. Всі перераховані фактори створюють ситуацію, яка може бути інтерпретована як така, що має ознаки жорстокого поводження. Існує значна кількість таких випадків у практиці виконання покарань. Наприклад, постраждалий – засуджений, який утримувався у Бучанській виправній колонії, перебував у лікарні – хворів на СНІД останньої стадії та низку супутніх хвороб. Коли стан його здоров'я погіршився настільки, що він вже не міг перебувати в установі виконання покарань, адвокат цього засудженого разом із правозахисниками звернувся спочатку до адміністрації колонії, а потім – і до суду із клопотанням про звільнення засудженого з-під варти у зв'язку із хворобою. Суд відмовив у його звільненні, хоча усі необхідні підстави мали місце у цій справі.

У Хмельницькому СІЗО, наприклад, проблема полягає у ненаданні медичної допомоги в'язням, які хворіють на туберкульоз. Їх невчасно обстежують і неправильно фіксують відомості про видачу протитуберкульозних препаратів, незаконно переривають лікування препаратами усупереч вказівкам лікарів. У червні 2016 року до Хмельницького СІЗО приїжджали з моніторинговою місією представники секретаріату Уповноваженого Верховної Ради України із прав людини. Моніторингова місія зафіксувала низку порушень, але при цьому подальше розслідування вчинених порушень у ході кримінального провадження не здійснюється [9].

За наведеними у Щорічній доповіді Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини даними про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні, у 2017 році ситуація не змінилася. Так, у 21 доповіді зафіксований такий випадок порушення прав. Працівниками Відділу у процесі відвідування ДУ «Чернівецька установа виконання покарань (№ 33)» було встановлено, що К. хворів на туберкульоз у поєднанні з ВІЛ-інфекцією. За направленням комунальної медичної установи «Чернівецький міський протитуберкульозний диспансер» К. рекомендовано відновити тимчасовий палатив та призначено лікування протитуберкульозними препаратами II ряду до 140 доз. За результатами аналізу від 27.12.2016 в мокротинні К. виявлено мікобактерії туберкульозу, а отже, К. хворів на заразну форму туберкульозу та був епідемічно небезпечний для оточення. За два місяці лікування в комунальній медичній установі «Чернівецький міський протитуберкульозний диспансер» К. отримав 15 доз препаратів з 68 необхідних, а отже, належного лікування хворого не здійснювалося. Лікарем комунальної медичної установи «Чернівецький

міський протитуберкульозний диспансер» було надано висновок про наявне захворювання у К. та про те, що К. може триматися в умовах ізолятора тимчасового тримання та установи виконання покарань. Цей висновок суперечить вимогам ст. 10 Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз», де передбачено, що хворим на заразні форми туберкульозу забезпечується госпіталізація до протитуберкульозних закладів. У цьому випадку ні ізолятор тимчасового тримання ГУНП у Чернівецькій області, ні медична частина ДУ «Чернівецька установа виконання покарань (№ 33)» не є протитуберкульозними закладами, а отже, надання висновку, що, будучи хворим на заразну форму туберкульозу, К. може утримуватися у зазначених місцях несвободи (з урахуванням необхідності лікування протитуберкульозними препаратами II ряду та забезпечення інфекційного контролю), суперечить вимогам Закону України «Про протидію захворюванню на туберкульоз». Дії лікаря унеможливили надання К. належної спеціалізованої медичної допомоги та сприяли виникненню нових випадків інфікувань та захворювань на туберкульоз осіб, які мали безпосередній контакт із К. [16].

Проаналізувавши уривок із листа засудженого, хворого на туберкульоз, який надійшов до Української Гельсінської спілки з прав людини у 2018 році, випливає, що в місцях позбавлення волі дійсно існують проблеми, які пов'язані з недостатньою кількістю медичних працівників, браком ліків. Засудженим лишається чекати на матеріальну допомогу від родичів, проте в наведеному листі йдеться про те, що навіть надіслані поштою препарати засудженому не дійшли до адресанта.

Отже, люди, що знаходяться в місцях позбавлення волі, є одними з найвразливіших до соціально-небезпечних інфекційних захворювань. Поширеність ВІЛ серед ув'язнених є у 20 разів вища, ніж серед загального населення, а захворювання на СНІД серед засуджених зустрічається у 4 рази частіше. За даними Центру громадського здоров'я МОЗ України, нині в Україні понад 57 тисяч людей перебувають у слідчих ізоляторах та в установах виконання покарань. Серед них 6,7% мають ВІЛ/СНІД, 2,3% хворі на туберкульоз.

Відсутність або брак кваліфікованої медичної допомоги, своєчасного виявлення інфекції та подальшої діагностики, недостатній рівень охоплення ВІЛ-позитивних засуджених послугами догляду та підтримки, брак АРВ-препаратів виступають справжніми бар'єрами для забезпечення потрібної якості життя ВІЛ-позитивних засуджених та запобігання смертельним випадкам.

З метою протидії поширенню ВІЛ-інфекції у місцях позбавлення волі рекомендується забезпечити обов'язкове до- та післятестове консультування засуджених під час проходження тестування на ВІЛ; організувати навчально-інформаційні заходи серед засуджених щодо профілактики та лікування ВІЛ/СНІДу; роз'яснювати засудженим шляхи поширення ВІЛ-інфекції; полегшити доступ засуджених до отримання медичних послуг і консультацій; організувати прийоми медичним працівником кожного із засуджених, незалежно від скарг на стан здоров'я; покращити забезпечення серед засуджених засобами індивідуального захисту (контрацептивами, дезінфекційними розчинами), забезпечити вільний доступ засуджених до них; забезпечити наявність засобів захисту у кімнатах побачень, вивчити можливість і доцільність створення пунктів видачі/отримання засобів контрацепції, щоб ув'язнені не просили такі засоби індивідуального захисту у персоналу; забезпечити 100% тестування засуджених на ВІЛ-інфекцію під час потрапляння до виправного закладу та періодичне (1 раз на рік) – під час перебування у ньому; передбачити щорічні профілактичні огляди засуджених, у тому числі із тестуванням на ВІЛ та інші інфекційні хвороби; забезпечити повну комплектацію штату медичних працівників у місцях позбавлення волі; давати медичному

персоналу колоній необхідну кількість інформаційних матеріалів щодо профілактики ВІЛ/СНІД у колоніях.

Окрім того, не можна цілком перекидати відповідальність на державу. Дослідження аналітичних центрів, які мали на меті дослідити наявні ризиковані практики серед засуджених, виявили такі: спільне використання інструментарію під час ін'єкційного вживання наркотичних речовин; наявність незахищених сексуальних контактів; досвід татуювання та використання нестерильного інструментарію для цього; поширена практика вживання ін'єкційних наркотиків; гомосексуальні контакти, сексуальне насильство. Така небезпечна модель поведінки серед засуджених, призводить до інфікування ВІЛ, гепатитами В і С, а також іншими інфекціями, що передаються через кров.

Ефективним методом боротьби з поширенням ВІЛ/СНІД у місцях позбавлення волі є запровадження програми замісної підтримувальної терапії хворих з опіоїдною залежністю (OST). Про це DW розповіла експерт ГО «Всеукраїнська мережа людей, що живуть з ВІЛ/СНІД» Валерія Рачинська. Замісна терапія – це один із методів лікування опіоїдної залежності, при якому під наглядом лікарів хворий вживає препарати-замінники важких наркотиків. Цей метод не лише дозволяє хворому контролювати наркозалежність, а й значно знижує ризики зараження на ВІЛ/СНІД та інші небезпечні інфекції. До того ж препарати замісної терапії випускаються у формі таблеток та суспензій, тож для їх введення не потрібні шприци.

Необхідно і надалі на законодавчому рівні розглядати питання щодо значного покращення порядку утримання хворих на туберкульоз в пенітенціарних закладах, зокрема, вирішення питань щодо їх ізолювання, виділення належних коштів для забезпечення санітарно-гігієнічних умов та покращення харчування, проходження відповідного обстеження при поступленні у такі заклади (для унеможливлення занесення інфекції ззовні), інтенсивне проведення профілактичних заходів щодо персоналу, що обслуговує такі установи, з метою зведення до мінімуму можливості проникнення інфекції за їх межі [14, с. 292].

ВІЛ-інфекція є серйозною загрозою для ув'язнених у місцях позбавлення волі в багатьох країнах світу, а рівень ВІЛ-інфекції серед ув'язнених осіб значно вищий, ніж серед населення загалом. Не кращими є обставини із туберкульозом, який є загрозою також і для працівників установ виконання покарань. Такі явища, як бездіяльність, неналежне виконання державного обов'язку, лише пригнічують стан справ. Тому необхідно і в подальшому досліджувати підняте питання з метою пошуку шляхів боротьби із проблемами, які виникають під час реалізації права на медичну допомогу осіб, ув'язнених до позбавлення волі.

Висновки. Право ув'язнених на охорону здоров'я та медичну допомогу регламентовано законодавством України, проте масив судових рішень із приводу недотримання фундаментального, невід'ємного права засуджених на охорону здоров'я та на медичну допомогу свідчить про неналежне виконання свого обов'язку державою.

Наявні лікарські засоби, які призначаються для надання безоплатної медичної допомоги, не можна співвідносити з дійсними потребами засуджених. Брак ліків вимушує залучати власні кошти ув'язнених, ставлячи у скрутне становище матеріально незабезпечених осіб.

Характерними проблемами установ ДКВС є недостатня кількість медичних працівників на місцях, бездіяльність адміністрації, відсутність відповідальності серед самих ув'язнених, що породжує зростання кількості ВІЛ-інфікованих та осіб, хворих на туберкульоз.

З метою усунення існуючих проблем та покращення ситуації, яка склалася сьогодні у сфері забезпечення права на медичну допомогу осіб, ув'язнених до позбавлення волі, пропонується організувати навчально-інформаційні заходи серед засуджених; роз'яснювати засудженим шляхи поширення ВІЛ-інфекції; полегшити доступ засуджених до отримання медичних послуг і консультацій; організувати прийом медичним працівником кожного із засуджених, незалежно від скарг на стан здоров'я; покращити забезпечення серед засуджених засобами індивідуального захисту (контрацептивами, дезінфекційними розчинами).

ЛІТЕРАТУРА

1. В Києві відбувся круглий стіл «Як здоров'я ув'язнених впливає на здоров'я всіх українців?» URL: <https://network.org.ua/v-kiyevi-vidbuvsya-kruglij-stil-yak-zdorov-ya-uv-yaznenih-vplivaє-na-zdorov-ya-vsih-ukrayintsiiv/> (дата звернення: 30.03.2021).
2. Власенко В. СНІД в українських в'язницях: як зупинити небезпеку? Made for minds. 2018. URL: <https://p.dw.com/p/39C9h> (дата звернення: 30.03.2021).
3. Гель А.П., Автухов К.А., Романов М.В., Човган В.О., Яковець І.С. Дотримання прав людини у пенітенціарній системі України: монографія. Харків: 2015, 480с.
4. Європейські пенітенціарні правила-1(Рекомендація № R (2006) 2 Комітету Міністрів держав-учасниць): *Офіційний вісник України*. 2006. (№32). Ст. 270.
5. Кримінально-виконавчий кодекс України: Закон України : від 11.07.2003 р., № 1129-IV. *Відомості Верховної Ради України*. 2004. (№ 3-4). Ст. 21.
6. Мінімальні стандартні правила поводження з в'язнями: Міжнародний документ ООН: від 30.08.1955 р. Організація Об'єднаних Націй.
7. Міханік І. Понад 250 000 людей з ВІЛ проживає в Україні. Громадський простір. 2020. URL: <https://www.prostir.ua/?news=ponad-250-000-lyudej-z-vil-prozhyvaє-v-ukrajini> (дата звернення: 30.03.2021).
8. Назарко Ю. В. Право засуджених на охорону здоров'я в Україні та світі. Збірники наукових праць, матеріали конференцій (семінарів, круглих столів). 2017. URL: http://elar.naiu.kiev.ua/bitstream/123456789/4136/1/-%20%D0%97%D0%91%D0%86%D0%A0%D0%9D%D0%98%D0%9A%20%D0%A2%D0%95%D0%97%20%20%D0%BE%D1%81%D1%82._p119-121.pdf (дата звернення: 30.03.2021).
9. Овдієнко Г. В. Захист від катувань та поганого поводження. 2017. Українська Гельсінська спілка з прав людини. URL: <https://helsinki.org.ua/zahyst-vid-katuvan-ta-pohanoho-povodzhennya/> (дата звернення: 30.03.2021).
10. Про затвердження Порядку організації надання медичної допомоги засудженим до позбавлення волі: Наказ Міністерства юстиції України, Міністерства охорони здоров'я України: від 15.08.2014 р., № 1348/5/572 *Офіційний вісник України*. 2014. (№ 69). Ст.1949.
11. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: затв. наказом Міністерства юстиції України від 28 серпня 2018 р. № 2823/5 *Верховна Рада України*. 2018. (№ 2823/5).
12. Про затвердження Правил внутрішнього розпорядку установ виконання покарань: Наказ Міністерства юстиції України: від 29.12.2014 р., № 2186/5 *Офіційний вісник України*. 2015. (№ 4). Ст.88.
13. Проблеми українських тюрем: що викривають моніторингові візити в установи виконання покарань. URL: <https://freezone.org.ua/problemy-ukrayinskyh-tyurem-shho-vykrivayut-monitoringovi-vizyty-v-ustanovy-vykonannya-pokaran/> (дата звернення 30.03.2021).
14. Сибірна Р. І., Яворська Г. В. Медико-правові аспекти туберкульозу в пенітенціарних закладах. Медичне право України: правовий статус пацієнтів в Україні та його законодавче забезпечення (генезис, розвиток, проблеми і перспективи вдосконалення). Матеріали II Всеукраїнської науково-практичної конференції. Львів. 2008. URL: http://medicallaw.org.ua/uploads/media/02_289_01.pdf (дата звернення: 30.03.2021).
15. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. 2018. URL: <http://www.ombudsman.gov.ua/ua/page/secretariat/docs/presentations/&page=3> (дата звернення: 30.03.2021).
16. Щорічна доповідь Уповноваженого з прав людини Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан дотримання прав і свобод людини і громадянина в Україні. Права людини, 2017. 627 с.

ПРОТИДІЯ ЗЛОЧИНАМ, ЗДІЙСНЕНИМ НА ҐРУНТІ НЕНАВИСТІ: ПОНЯТТЯ, ЗМІСТ, ОЗНАКИ

COMBATING HATE CRIMES: CONCEPTS, CONTENTS, SIGNS

Дручек О.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри правового забезпечення службово-бойової діяльності
Київський факультет
Національної академії Національної гвардії України

Легенький В.В., викладач кафедри правового забезпечення
службово-бойової діяльності
Київський факультет
Національної академії Національної гвардії України

У статті здійснено аналіз теоретико-правових характеристик поняття «злочини на ґрунті ненависті» та обґрунтовано віднесення їх до окремої категорії (виду) злочинів.

Проаналізовано сучасні методологічні підходи до розуміння правового реагування суспільства і держави на злочинність та обґрунтовано використання поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті».

Запропоновано розуміння поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті» як діяльності держави, її компетентних органів та громадянського суспільства щодо реалізації комплексу заходів, спрямованих на зниження рівня зазначеного виду злочинів та їх попередження. Установлено, що зміст такої діяльності становлять конкретні заходи щодо: 1) усунення причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів на ґрунті ненависті; 2) припинення злочинів, які вже мають місце, готуються чи вже почалися; 3) виявлення винних осіб та притягнення їх до відповідальності; 4) ужиття необхідних заходів щодо унеможливлення здійснення таких злочинів у подальшому зазначеними та іншими суб'єктами.

Доведено, що структуру поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті» становлять: 1) об'єкт – відносини, що складаються в державі, суспільстві та між окремими громадянами із приводу злочинів на ґрунті ненависті; 2) предмет – елементи, які складають структуру та визначають сутність злочину на ґрунті ненависті; 3) суб'єкти – держава, її органи та посадові особи, зокрема органи спеціальної компетенції, а також інститути громадянського суспільства, які здійснюють зазначену діяльність; 4) мета (ціль) – мінімізація злочинів на ґрунті ненависті, аж до повного нівелювання.

Виділено ознаки протидії злочинам на ґрунті ненависті як специфічного виду діяльності: 1) це діяльність держави, її органів і посадових осіб, наділених спеціальною компетенцією, а також інститутів громадянського суспільства, спрямована проти злочинів на ґрунті ненависті; 2) метою такої діяльності є мінімізація і (або) ліквідація наслідків злочинів на ґрунті ненависті; 3) здійснюється як у формі профілактичної (запобіжної) діяльності щодо виявлення і усунення причин злочинів на ґрунті ненависті, так і у формі безпосереднього виявлення, припинення, розкриття та розслідування такого виду злочинів.

Ключові слова: злочини на ґрунті ненависті, злочинність, протидія злочинам на ґрунті ненависті, превенція злочинності.

The article analyzes the theoretical and legal characteristics of the concept of "hate crimes" and substantiates their assignment to a separate category (type) of crimes.

Modern methodological approaches to understanding the legal response of society and the state to crime are analyzed and the use of the concept of "combating hate crimes" is substantiated.

An understanding of the concept of "combating hate crimes" as the activities of the state, its competent authorities and civil society to implement a set of measures aimed at reducing the level of this type of crime and their prevention. It is established that the content of such activities consists of specific measures to: 1) eliminate the causes and conditions that contribute to the commission of hate crimes; 2) cessation of crimes that already take place, or are being prepared or have already begun; 3) identification of guilty persons and bringing them to justice; 4) taking the necessary means to prevent the commission of such crimes in the future by these and other entities.

It is proved that the structure of the concept of counteraction to hate crimes consists of: 1) object – the relations that develop in the state, society and between individual citizens about hate crimes; 2) subject – elements that make up the structure and determine the essence of the crime on the basis of hatred; 3) subjects – the state, its bodies and officials, in particular, bodies of special competence, as well as civil society institutions that carry out these activities; 4) purpose (goal) – minimization of hate crimes, up to complete leveling.

Signs of counteracting crimes on the soil of hatred as a specific type of activity: 1) are the activities of the state, its bodies and officials, endowed with a special competence, as well as civil society institutions aimed at hate crimes; 2) the purpose of such an activity is minimizing and (or) eliminating the consequences of hate crimes; 3) is carried out both in the form of preventive (precautionary) activity to identify and eliminate the causes of hate crimes and in the form of direct detection, termination, disclosure and investigation of such crimes.

Key words: hate crimes, crime, counteracting hate crimes, crime prevention.

Постановка проблеми. Однією із проблем сучасного світу, викликаних процесами глобалізації, є нетолерантне ставлення до представників іншої культури, що інколи набуває форм здійснення злочинів на ґрунті ненависті. У найзагальнішому розумінні злочини на ґрунті ненависті (англ. *hate crime* – «злочин ненависті») – це кримінально карані діяння, у яких жертва, об'єкт чи ціль злочину були вибрані за ознакою їх належності до певної соціальної групи. Кримінальне законодавство України не містить визначення поняття «злочини на ґрунті ненависті», його можливо вивести із диспозиції ст. 161 КК України «Порушення рівноправності громадян залежно від їх расової, національної належності, релігійних переконань, інвалідності та за іншими ознаками». В оцінці міжнародного

права злочини на ґрунті ненависті є проявом дискримінації, найбільш нелюдськими і серйозними порушеннями прав людини. Міжнародні органи у низці міжнародно-правових документів, зокрема у Рішенні Ради міністрів ОБСЄ № 4/03 від 02 грудня 2003 р.[1], Рішенні Ради міністрів ОБСЄ № 13/06 від 05 грудня 2006 р.[2], рішенні Ради міністрів ОБСЄ № 9/09 від 1–2 грудня 2009 р.[3], визначають злочини на ґрунті ненависті як «кримінально карані діяння, скоєні з мотивів упередження» та зобов'язують уряди держав боротися із дискримінацією, проявами агресивного націоналізму, расизму, шовінізму, ксенофобії, антисемітизму та екстремізму. Україна як член ОБСЄ зобов'язалася активно протидіяти зазначеному виду злочинів, тим більше що вона входить до числа країн, де тен-

денція до зростання кількості злочинів на ґрунті ненависті є стабільною.

Відповідно до міжнародних домовленостей, основними напрямками міжнародної протидії злочинам на ґрунті ненависті є: збір, зберігання та публікації достовірних статистичних даних про такі злочини; ухвалення законодавства, яке передбачає ефективне і пропорційне покарання; стимулювання жертв злочинів на ґрунті ненависті до повідомлення про їх здійснення; удосконалення заходів із професійної підготовки працівників компетентних органів; ефективне розслідування зазначених злочинів; забезпечення, аби мотиви, якими керувалися злочинці, отримували належну оцінку і засудження з боку органів влади та політичного керівництва.

Усе зазначене актуалізує дослідження поняття та змісту протидії злочинам на ґрунті ненависті.

Стан дослідження. Злочинність як соціальне та кримінологічне явище ґрунтовно і плідно вивчали І.Г. Богатирьов, В.А. Глушков, В.В. Голіна, І.Н. Даньшин, В.М. Дрьомін, Л.М. Давиденко, В.С. Зеленецький, А.Ф. Зелінський, А.П. Закалюк, О.М. Литвак, В.О. Туляков, О.О. Юхно, О.Н. Ярмиш та інші. Проблематику, пов'язану із протидією злочинам на ґрунті ненависті, розробляли і розробляють С.М. Алфьоров, Р.С. Белкін, В.В. Бурлака, О.В. Горбачова, Н.В. Дрьоміна-Волок, Е.Г. Казарян, В.П. Ковальчук, О.Г. Колб, А.В. Корнієнко, О.О. Крюковим, В.В. Куц, О.А. Мартиненко, Т.А. Пазинич та інші. Однак є низка проблемних питань, викликаних передусім відсутністю єдності щодо розуміння і термінологічного визначення поняття «протидія злочинності (злочинам)».

Метою статті є здійснення теоретичної характеристики поняття «протидія злочинам, здійсненям на ґрунті ненависті» та розкриття його змісту.

Виклад основних положень. Вище зазначалося, що базовий конструкт поняття «злочин на ґрунті ненависті» становлять два обов'язкові моменти: 1) зазначена дія за своєю сутністю є злочином, тобто протиправним, караним діянням; 2) мотивом такого діяння є ненависть (нетерпимість, упередження) до жертви. Як кримінологічне явище злочини на ґрунті ненависті характеризуються такими ознаками, як: 1) підвищена суспільна небезпека; 2) значний рівень латентності; 3) здійснення за принципами ескалації та розвитку по спіралі. Зазначені характеристики, на нашу думку, зумовлюють виділення таких злочинів у окрему категорію, щоб на основі встановлення їх спільної природи сформулювати ефективний механізм протидії. У контексті дослідження дія обґрунтування поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті» вважаємо необхідним звернення до результатів розроблення ширшого за змістом поняття «протидія злочинам (злочинності)», яке є одним із найбільш дискусійних у правовій науці.

Аналіз праць із зазначеної проблематики свідчить, що для позначення впливу суспільства на злочинність із метою її нівелювання використовують різні терміни, такі як «боротьба зі злочинністю», «війна зі злочинністю», «протистояння злочинності», «контроль злочинності», «регулювання злочинності», «управління злочинністю», «припинення злочинності», «попередження злочинності», «профілактика злочинності», «запобігання злочинності», «превенція злочинності» тощо. У національному законодавстві найбільше поширення мають терміни «запобігання», «боротьба», «попередження», «профілактика», «превенція», «протидія», причому в одних випадках ці терміни використовуються як синонімічні, в інших – як різні за змістом. Безсумнівно, така термінологічна багатоманітність не сприяє формуванню стрункої концепції правових засобів реагування суспільства і держави на злочинність, тому необхідним є вироблення певних базових підходів до зазначеної проблеми.

Насамперед висловлюємо згоду з дослідниками, які відкидають ідею використання для позначення реакції

суспільства і держави на злочинність таких термінів, як «боротьба», «війна», «протистояння» тощо. Зокрема, О.О. Юхно вважає, що така термінологія є спадщиною радянського минулого, коли в основі ідеології лежала теза про необхідність класової війни та виправдовувалися репресії [4, с. 166]. На думку А.П. Закалюка, поняття «боротьба зі злочинністю» належить до класу узагальнених, які відтворюють загальну сутність, що полягає у чиненні супротиву. Воно не розкриває напрямів, спрямованості, функціональної ролі та змістової сутності різних форм супротиву, а звідси й понятійну різницю між такими діями, як, наприклад, запобігання злочинам та судове покарання за них згідно з кримінальним законом. На думку вченого, поняття «боротьба зі злочинністю» має лише одну загальну спільність, що полягає у чиненні супротиву злочинам, що є складовою частиною іншого, більш загального предмета, яким є *протидія злочинності* [5, с. 53–54, 82–84]. Подібну позицію підтримує також О.Г. Кальман, який вважає, що поняття «боротьба зі злочинністю» і «війна зі злочинністю» охоплюють лише одну зі сторін реакції суспільства і держави на злочинність, зокрема репресію людей, що порушили закон; проте лише репресивними заходами об'єктивно неможливо вирішити завдання протидії злочинності [6, с. 236–237]. Частково поділяючи таку позицію, наголосимо на некоректності використання термінів «боротьба», «війна», «протистояння» тощо для визначення правового реагування на злочини ненависті, оскільки вони, як на нас, означають націленість на повну ліквідацію злочинності, а такий результат є завідомо нездійсненним у будь-який час і у будь-якому суспільстві. Також вважаємо, що не існує раціонального пояснення використанню у зазначеному контексті таких термінів, як «контроль злочинності», «регулювання злочинності», «управління злочинністю» тощо, оскільки вони означають дію зі здійснення спостереження за об'єктом (злочинами на ґрунті ненависті), але не впливу на нього.

Ще одну групу становлять терміни, умовно об'єднані дією запобігання, такі як «попередження», «профілактика», «превенція» тощо. Аналізуючи погляди кримінологів на питання змісту та співвідношення зазначених понять, ми дійшли висновку про існування двох протилежних позицій. Перша полягає у тому, що зазначені терміни є різними за значенням, і тому їх слід розмежовувати; друга – що зазначені терміни є синонімами, і принципової різниці між ними немає. Так, наприклад, В.В. Голіна [7, с. 5], А.Ф. Зелінський [8, с. 130], О.М. Джуца [9, с. 107] відносять усі заходи превентивного характеру до категорії запобігання, вважаючи останнє поняття родовим. Натомість Д.О. Назаренко [10, с. 326] відзначає, що зазначені терміни не є ані тотожними, ані альтернативними, а виступають поняттями, які частково перетинаються і характеризують єдине ціле. Не заглиблюючись у семантику аналізованих термінів, висловимо думку, що спільними ознаками зазначених дій є спрямованість не безпосередньо на злочинність, а на її передумови. Тобто у нашому випадку зміст родового поняття «запобігання злочинам на ґрунті ненависті» не охоплює таких аспектів правової реакції, як перешкодження злочинам, їх припинення, усунення шкідливих наслідків тощо. Отже, є потреба у пропозиції більш всеохоплюючого терміну.

На нашу думку, таким терміном є «протидія». У найзагальнішому вигляді «протидія» означає дію, спрямовану проти певної дії, що перешкоджає останній. Прихильниками використання терміна «протидія» у розумінні антидії щодо злочинності виступають такі науковці, як О.М. Бандурка [11], І. Г. Богатирьов [12], Є. Гладкова [13], В.М. Куц [14], А.А. Митрофанов [15], В.М. Попович [16] та інші. Причому аналіз існуючих поглядів на зміст поняття протидії злочинності свідчить про існування як мінімум двох підходів до його розуміння – широкого і вузького,

в основу яких покладено такі критерії, як сфера реалізації (складники суспільства, їх охоплення); суб'єкти реалізації (окремі органи чи їх система); напрями і зміст заходів (їх обсяг та спрямування). Прикладом *вузького* розуміння поняття «протидія злочинності» є, на нашу думку, позиція Є.Є Тонкова, який розглядає останню як тимчасову функцію держави, що розвивається залежно від успішної реалізації державно-правової політики в зазначеній сфері, зокрема мети і завдань, що висувуються у концепції [17, с. 63]. Проте більшість сучасних дослідників підтримують широке розуміння поняття «протидія злочинності». Так, Є. Гладкова визначає його як «особливий інтегрований, багаторівневий об'єкт соціального управління, який становить різноманітну за формами діяльність відповідних суб'єктів (державних, недержавних органів та установ, громадських формувань та окремих громадян), які взаємодіють у вигляді системи різнорідних заходів, спрямованих на пошук шляхів, засобів та інших можливостей ефективного впливу на злочинність із метою зниження інтенсивності процесів детермінації злочинності на всіх рівнях, нейтралізації дії її причин та умов для обмеження кількості злочинних проявів до певного рівня» [13]. До прихильників широкого підходу, на нашу думку, слід також віднести В.В. Куца, який визначає поняття протидії злочинності як «складне соціально-правове явище та поняття про нього, в якому відображається теорія і практика специфічної соціально-управлінської діяльності та суспільних і приватних ініціатив, а також кримінально-юстиційних зусиль, спрямованих на перешкодження вчиненню кримінальних правопорушень та реагування на їх вчинення» [18]. Така протидія, на думку дослідника, має охоплювати три рівні (загально-соціальний; спеціально-кримінологічний; кримінально-юстиційний [19, с. 153]) та полягати у соціально-управлінській діяльності, включаючи реалізацію громадських і приватних ініціатив та кримінально-юстиційних зусиль, спрямованих на утримання злочинності в соціально допустимих межах [13, с. 110]. Послідовними прихильниками широкого розуміння поняття «протидія злочинності» також є А.Б. Блага, І.Г. Богатирьов, А.І. Долгова, С.В. Дьяконова та інші. У методологічному плані значний внесок у розроблення поняття протидії злочинності було здійснено О.М. Бандуркою та О.М. Литвиновим, які виділили ознаки зазначеного поняття, обґрунтували структуру та розкрили зміст [20, 21]. Так, розглядаючи поняття «протидія злочинності» як сукупність заходів, спрямованих на зниження рівня протиправних діянь і підвищення ступеня захищеності громадян, суспільства і держави загалом, науковці слушно пропонують до елементів структури зазначеного поняття відносити: а) об'єкт (відносини з приводу появи і функціонування злочинності); б) предмет (явища, з якими ведеться боротьба, їм намагаються запобігти, протистояти). Підтримуючи загалом зазначену позицію, вважаємо можливим доповнити структуру поняття «про-

тидія злочинам на ґрунті ненависті» такими елементами, як суб'єкт протидії та її мета (ціль).

У контексті розроблення поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті» також важливим вважаємо аналіз ознак поняття «протидія злочинності», виділені О.М. Бандуркою та О.М. Литвиновим: а) це діяльність державних органів, інститутів громадського суспільства, організацій та фізичних осіб у межах їхніх повноважень, спрямована проти злочинних посягань; б) метою протидії є мінімізація і (або) ліквідація наслідків злочинної діяльності; в) може провадитися як за допомогою ранньої (профілактичної) запобіжної діяльності щодо виявлення і подальшого усунення причин протиправних (злочинних) вчинків, так і за допомогою боротьби, метою якої є виявлення, запобігання, припинення, розкриття та розслідування злочинів. Вважаємо, що зазначена сукупність ознак уповні характеризує поняття «злочини на ґрунті ненависті».

Висновки. З урахуванням зазначеного констатуємо таке:

1. Під *поняттям* протидії злочинам на ґрунті ненависті пропонуємо розуміти діяльність держави, її компетентних органів та громадянського суспільства щодо реалізації комплексу заходів, спрямованих на зниження рівня зазначеного виду злочинів та їх попередження. *Зміст* такої діяльності становлять конкретні заходи щодо: а) усунення причин і умов, які сприяють вчиненню злочинів на ґрунті ненависті; б) припинення злочинів, які вже мають місце, готуються чи вже почалися, в) виявлення винних осіб та притягнення їх до відповідальності; г) вжиття необхідних засобів щодо унеможливлення здійснення злочинів на ґрунті ненависті у подальшому іншими суб'єктами.

2. *Структуру* поняття «протидія злочинам на ґрунті ненависті» становлять: а) об'єкт – відносини, що складаються в державі, суспільстві та між окремими громадянами із приводу злочинів на ґрунті ненависті; б) предмет – елементи, які складають структуру та визначають сутність злочину на ґрунті ненависті; в) суб'єкти – держава, її органи та посадові особи, зокрема органи спеціальної компетенції, а також інститути громадянського суспільства, які здійснюють зазначену діяльність; г) мета (ціль) – мінімізація злочинів на ґрунті ненависті, аж до повного нівелювання.

3. *Ознаками* протидії злочинам на ґрунті ненависті як специфічного виду діяльності є: а) це діяльність держави, її органів і посадових осіб, наділених спеціальною компетенцією, а також інститутів громадянського суспільства, спрямована проти злочинів на ґрунті ненависті; б) метою такої діяльності є мінімізація і (або) ліквідація наслідків злочинів на ґрунті ненависті; в) зазначена діяльність здійснюється як у формі профілактичної (запобіжної) діяльності щодо виявлення й усунення причин злочинів на ґрунті ненависті, так і у формі безпосереднього виявлення, припинення, розкриття та розслідування такого виду злочинів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Ради міністрів ОБСЄ № 4/03 (Маастрихт, 02 грудня 2003 року). URL: <http://yandex.ua/search/?from=chromesearch &clid=2242631&text>. (дата звернення: 10.04.2021).
2. Рішення Ради міністрів ОБСЄ № 13/06 (Брюссель, 05 грудня 2006 року). URL: <http://www.osce.org/mc/23114>. (дата звернення: 10.04.2021).
3. Рішення Ради міністрів ОБСЄ № 9/09 (Афіни, 1–2 грудня 2009 року). URL: <http://www.osce.org/cio/40695>. (дата звернення: 10.04.2021).
4. Юхно О.О. Визначення, понятійний апарат і сутність протидії злочинності в Україні. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2016. №2 (13) С. 163–172.
5. Закалюк А.П. Курс сучасної української кримінології: теорія і практика: [у 3-х кн.] / А.П. Закалюк. Київ : Ін Юре, 2007-2008. Кн. 1: Теоретичні засади та історія української кримінологічної науки. 2007. 424 с.
6. Кальман О.Г. Злочинність у сфері економіки України: теоретичні та прикладні проблеми попередження: дис. на здобуття наук ступ. докт. юрид. наук. Харків, 2004. 367 с.
7. Голіна В.В. Запобігання злочинності (теорія і практика): навч. посіб. – Х.: Нац. юрид. акад. України, 2011. 120 с.
8. Зелінський А.Ф. Кримінологія: навч. посібн. Х.: Рубікон, 2000. 240 с.
9. Кримінологія. Підручник. За заг. редакцією Джужи О.М. Київ: Юрінком інтер. 2012. 474 с.
10. Назаренко Д.О. Кримінологічний аналіз та протидія фоновим для злочинності явища: монографія. Харків, ХНУВС. 2013. 523 с.
11. Бандурка А.М., Давиденко Л.М. Противодействие преступности: война терминов, понятие, общая характеристика. *Право і безпека*. 2004 № 33. С. 7–11.

12. Богатирьов І.Г., Литвинов О.М. Кримінальна політика як наукова стратегія у сфері протидії злочинності. *Вісник Кримінологічної асоціації України*. 2013. № 4. С. 6–12.
13. Гладкова, Є. *Вісник кримінологічної асоціації України*. 17.03.2018. URL: <https://visnikkau.webnode.com.ua/news/protidiya-zlochinnosti/> (дата звернення: 15.04.2021).
14. Куц В. Протидія злочинності: сутність і зміст. *Науковий часопис Національної академії прокуратури України*. 2016. № 4. С. 103–112.
15. Митрофанов А.А. Основні напрямки кримінально-правової політики в Україні: формування та реалізація. Одеса: ОдІВС. 2004. 132 с.
16. Попович В.М. Теорія і практика детінізації економіки: монографія. Ірпінь Академія Держ. податкової служби України, 2001. 546 с.
17. Тонков Е.Е. Противодействие наркотизации общества как функция государства. *Правовая политика и правовая жизнь*. 2005. № 1. С. 60–65.
18. Куц В.М. Загальна характеристика механізму протидії злочинності та його понятійного апарату. *Актуальні проблеми кримінального права та кримінології*: матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції. Донецький юридичний інститут ЛДУВС ім. Е.О. Дідоренка. Донецьк: Норд Комп'ютер, 2009. С. 12–15.
19. Куц В. Зміст та рівні протидії злочинності. Тенденції та пріоритети реформування законодавства України: матеріали всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Херсон, 11–12 грудня 2015 р.). Херсон: Гельветика, 2015. С. 152–156.
20. Бандурка О.М., Литвинов О.М. Система протидії злочинності: поняття та сутність. *Вісник Кримінологічної асоціації України : зб. наук. праць* [редкол. О. М. Бандурка (голов. ред.) та ін.]. 2015. № 2 (10). Харків: ХНУВС. 300 с.
21. Бандурка О.М., Литвинов О.М. Моделювання систем протидії злочинності *Вісник Кримінологічної асоціації України*: зб. наук. праць [редкол. О. М. Бандурка (голов. ред.) та ін.]. 2016. № 1 (12). Харків: ХНУВС. 288 с.

ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЯ ДОМАШНЬОМУ НАСИЛЬСТВУ: МІЖНАРОДНІ СТАНДАРТИ, ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ДОСВІД, НАЦІОНАЛЬНІ ПЕРСПЕКТИВИ

PREVENTION AND CONTROL OF DOMESTIC POPULATION: INTERNATIONAL STANDARDS, EUROPEAN EXPERIENCE, NATIONAL PERSPECTIVES

Зубицька І.В., студентка III курсу
юридичного факультету

Донецький національний університет імені Василя Стуса

Стаття присвячена вивченню міжнародного, іноземного, зокрема європейського, досвіду кримінально-правової протидії домашньому насильству, що є проблемою не лише локальною, але і загальносвітовою, яка значно ускладнилась у період пандемії COVID-19. Згідно з офіційною статистикою Генеральної прокуратури України за останні роки (2019–2020 рр.) кількість облікованих кримінальних правопорушень за ст. 126-1 Кримінального Кодексу України збільшилася більше ніж удвічі, що спонукає до дослідження цієї проблеми та розроблення шляхів запобігання цьому явищу. Обґрунтовано актуальність вивчення та врахування в нормотворчій діяльності України іноземного досвіду протидії домашньому насильству, оскільки насильство в сім'ї в більшості європейських країн є давно криміналізованим діянням, а тому наявний механізм ефективної протидії цьому явищу.

Проаналізовано правове визначення поняття «домашнього насильства» в Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашнього насильства та боротьбу з цими явищами (Стамбульській конвенції), модельному законодавстві ООН про домашнє насильство та національних законах деяких європейських держав.

Проаналізовано досвід запобігання та протидії домашньому насильству в Австрії, Польщі, ФРН, Франції, Великій Британії та Болгарії. Досліджено основні законодавчі положення щодо кримінальної відповідальності за вчинення домашнього насильства в кожній із цих країн та спеціальні заходи запобігання і протидії цьому явищу. Узагальнено досвід боротьби з домашнім насильством у європейських країнах щодо можливостей його використання в Україні.

Отже, вивчення такого явища, як домашнє насильство, з погляду іноземного та міжнародного досвіду запобігання та протидії насильству в сім'ї та впровадження найкращих зарубіжних практик у вітчизняне правове поле є необхідним та допоможе Україні вирішити низку проблем, що виникають сьогодні у сфері протидії домашньому насильству та мінімізації його проявів у майбутньому. Підкреслено та обґрунтовано необхідність прискорення Україною процесу ратифікації Стамбульської конвенції та приведення національних законів у відповідність із положеннями цього документа.

Ключові слова: домашнє насильство, заходи запобігання та протидії домашньому насильству, європейський досвід протидії домашньому насильству, Стамбульська конвенція, ратифікація.

The article is devoted to the study of international, foreign, in particular European experience of criminal law counteraction to domestic violence, which is a problem not only local but also global, which became much more complicated during the COVID-19 pandemic. According to the official statistics of the General Prosecutor's Office of Ukraine for the last years (2019–2020), the number of registered criminal offenses under Art. 126-1 of the Criminal Code of Ukraine has more than doubled, which encourages the study of this problem and the development of ways to prevent this phenomenon. The urgency of studying and taking into account foreign experience in combating domestic violence in the rule-making activities of Ukraine is substantiated, as domestic violence in most European countries is a long-criminalized act, and therefore there is a mechanism for effective counteraction to this phenomenon.

The legal definition of the concept of "domestic violence" in the Convention of the Council of Europe on the Prevention of Violence against Women and Domestic Violence and the Fight against These Phenomena (UN Legislative and National Legislation) is analyzed.

The experience of preventing and combating domestic violence in such countries as Austria, Poland, Germany, France, Great Britain and Bulgaria is analyzed. The main legislative provisions on criminal liability for domestic violence in each of these countries and special measures to prevent and combat this phenomenon are studied. The experience of combating domestic violence in European countries on the possibilities of its use in Ukraine is summarized.

Therefore, the study of such a phenomenon as domestic violence, in terms of foreign and international experience in preventing and combating domestic violence and the introduction of best foreign practices in the domestic legal field is necessary and will help Ukraine solve a number of emerging problems in combating domestic violence and minimizing its manifestations in the future. The need for Ukraine to accelerate the ratification process of the Istanbul Convention and bring national laws in line with the provisions of this document is emphasized and justified.

Key words: domestic violence, measures to prevent and counteract domestic violence, European experience in combating domestic violence, Istanbul Convention, ratification.

Постановка проблеми. Пандемія COVID-19 спричинила уповільнення темпів людського розвитку у всьому світі, не тільки завдавши економічних збитків, але й ще більше загостривши соціальні проблеми. Введений у багатьох країнах режим соціальної ізоляції лише посилив іншу, вже раніше існуючу «пандемію» – домашнє насильство.

Згідно з офіційною статистикою Генеральної прокуратури України, з початку карантину, який був введений у нашій державі на початку березня 2020 р., кількість облікованих кримінальних правопорушень за ст. 126-1 Кримінального Кодексу (далі – КК) України значно зросла. Так, якщо за 2019 р. кількість облікованих кримінальних правопорушень, пов'язаних із домашнім насильством, становила 1068, то вже у грудні 2020 р. ця цифра зросла більше ніж удвічі – до 2212. При цьому кількість осіб, яким вручено повідомлення про підозру за ст. 126-1 КК України, за 2020 р. становила 1877, тоді як за 2019 р. – 788. Звісно, ці цифри не відображають існуючу ситуацію повною мірою,

адже частина випадків залишаються незареєстрованими, оскільки постраждалі далеко не завжди звертаються по допомогу. Однак збільшення випадків насильства в сім'ї спонукає до дослідження цієї проблеми та розроблення шляхів запобігання та протидії цьому явищу сьогодні і мінімізації його проявів у майбутньому, чим і зумовлюється актуальність цієї статті.

Проблема домашнього насильства нині є не тільки локальною, а й загальносвітовою. З розповсюдженням коронавірусної інфекції уряди багатьох держав запровадили низку заходів та програм, спрямованих на запобігання та подолання домашньому насильству, оскільки вимушені карантинні заходи у всьому світі збільшують ризики скоєння насильницьких дій через перебування кривдника з постраждалою особою в одному приміщенні та неможливість покинути його. У зв'язку з цим іноземний досвід кримінально-правової протидії домашньому насильству може стати прикладом для удосконалення кримінального

законодавства України, оскільки в більшості країн Європейського Союзу (далі – ЄС) вчинення насильства в сім'ї є давно криміналізованим діянням, а тому наявна апробація ефективності заходів протидії цьому явищу.

Аналіз досліджень цієї проблеми. Іноземний досвід протидії домашньому насильству був предметом дослідження таких учених, як А.А. Васильєв, А.А. Вознюк, А.О. Галай, О.О. Дудоров, М.І. Хавронюк та інші.

Метою статті є вивчення міжнародного, іноземного, зокрема європейського, досвіду кримінально-правової протидії домашньому насильству, за результатами якого мають бути розроблені науково обґрунтовані рекомендації щодо удосконалення чинного вітчизняного законодавства.

Вклад основного матеріалу. У 2011 р. у Стамбулі було підписано Конвенцію Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (далі – Стамбульська конвенція), яка є одним із найбільш прогресивних міжнародних інструментів протидії проявам домашнього насильства. З метою реалізації положень Стамбульської конвенції Верховною Радою України було прийнято два важливих Закони: від 6 грудня 2017 р. «Про внесення змін до деяких законів України у зв'язку з ратифікацією Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № 785-VIII та від 7 грудня 2017 р. «Про запобігання та протидію домашньому насильству» № 2229-VIII (далі – Закон від 7 грудня 2017 р.). Перший закон передбачає доповнення КК України статтею 126-1, згідно з якою домашнє насильство визнається кримінальним правопорушенням, другий – запровадження спеціальних заходів протидії цьому явищу в українському суспільстві та створення Єдиного державного реєстру випадків домашнього насильства.

У більшості міжнародних нормативно-правових актів, зокрема і Стамбульській конвенції, використовується поняття «домашнє насильство», яке визначається як всі акти фізичного, сексуального, психологічного або економічного насильства, що відбуваються в лоні сім'ї чи в межах місця проживання або між колишніми чи теперішніми подружжями або партнерами, незалежно від того, чи проживає або проживав правопорушник у тому самому місці, що й жертва, чи ні [1, с. 49].

Модельне законодавство ООН тлумачить домашнє насильство як усі насильницькі дії фізичного, психологічного і сексуального характеру щодо жінок, здійснені на підставі статевої ознаки, особою або особами, які пов'язані з ними родинними і близькими стосунками, від словесних образ і погроз до тяжких фізичних побоїв, викрадення, загрози каліцтвом, залякування, примус, переслідування, словесні образи, насильницьке або незаконне вторгнення в житло, сексуальне насильство, зґвалтування в шлюбі, насильство, пов'язане з викупом нареченої, насильство, пов'язане з експлуатацією через проституцію, насильство щодо хатніх робітниць та спроби здійснити такі дії [2].

Майже всі національні закони, спрямовані на протидію насильству в сім'ї, розробляються відповідно до цих міжнародних документів, проте мають свої істотні відмінності як у визначенні домашнього насильства, так і у специфіці реагування на такі випадки, викликані здебільшого особливостями правових систем та рівнем розвитку громадянського суспільства в країні.

Так, у Великій Британії під домашнім насильством розуміється будь-який інцидент або модель випадків контролю, примусової чи загрозливої поведінки, насильства чи жорстокого поводження між дорослими, які є або були співмешканцями, або щодо членів сім'ї незалежно від статі чи сексуальності. Це може охоплювати такі типи зловживань: психологічне, фізичне, статево, фінансове та/або емоційне [3].

У законодавстві Болгарії насильство в сім'ї визнається як дії фізичного, психологічного, сексуального,

емоційного чи іншого характеру і досвід такого насильства, вимушене обмеження особистого життя, особистої свободи та особистих прав, вчинені щодо особи, з якою кривдник пов'язаний сімейними відносинами або фактичним спільним проживанням [4].

В Австрії Закон «Про захист від насильства в сім'ї» трактує домашнє насильство як будь-який протиправний фізичний напад, погіршення стану здоров'я або посягання на свободу іншого з умислом, незалежно від того, чи відбуваються дії в межах або поза межами спільного домогосподарства [5].

Тож загалом підходи до визначення поняття «домашнє насильство» можна розглядати у двох значеннях: у широкому, яке всебічно охоплює це явище, і вузькому, що охоплює лише діяння, що мають ознаки правопорушень, відповідальність за які передбачена відповідним національним законодавством.

Розглянемо досвід кримінально-правової протидії домашньому насильству на загальнонаціональних рівнях в окремих країнах ЄС, зокрема Австрії, Польщі, ФРН та Франції – держав, якими було ратифіковано Стамбульську конвенцію, та країн, що досі не інтегрували положення цього документу у своє законодавство, як-от Велика Британія чи Болгарія. Моніторинг такого світового досвіду та з'ясування причин впровадження чи не впровадження зазначеними країнами положень Стамбульської конвенції у національне правове поле допоможе Україні вирішити низку проблем, що виникають сьогодні в нашій країні у сфері протидії домашньому насильству.

У ст. 12 Стамбульської конвенції вказується на те, що держави-учасники зобов'язані вживати усіх необхідних законодавчих та інших заходів для запобігання всім формам насильства, які підпадають під сферу застосування цієї Конвенції, будь-якою фізичною або юридичною особою. Будь-які заходи, ужиті згідно із Стамбульською конвенцією, повинні враховувати й спрямовуватися на особливі потреби осіб, які стали вразливими внаслідок особливих обставин; у центрі таких заходів повинні бути права людини всіх жертв [1].

У ст. 24 Закону від 7 грудня 2017 р. зазначається, що до особи, яка вчинила домашнє насильство, може бути встановлено спеціальні заходи протидії домашньому насильству, до яких належать: 1) терміновий заборонний припис стосовно кривдника (вноситься уповноваженими підрозділами органів Національної поліції України); 2) обмежувальний припис стосовно кривдника (видається судом); 3) взяття на профілактичний облік кривдника та проведення з ним профілактичної роботи (здійснюється уповноваженими підрозділами органу Національної поліції України); 4) направлення кривдника на проходження програми для кривдників (відповідальними за виконання програм для кривдників є місцеві державні адміністрації та органи місцевого самоврядування) [6].

О.В. Старчук відзначає, що у Франції протидія домашньому насильству розпочалася у рамках Національної державної програми щодо боротьби з насильством жінок і з подружнім насильством у зв'язку з прийняттям Закону Франції «Про посилення попередження і покарання за насильство в сім'ї або у відношенні неповнолітніх» [7, с. 85]. Особливістю цього Закону стала можливість суддів у справах сім'ї видавати спеціальні постанови, які забезпечують безпеку жертв сімейного насильства, що дають змогу жінці, яка стала жертвою насильства у сім'ї, змінити місце проживання або змусити чоловіка покинути спільне місце проживання [8].

Як відомо, основу кримінального законодавства Франції становлять норми КК, в якому вчинення протиправних дій щодо подружжя і партнера одне щодо одного виступає обтяжуючою обставиною більшої частини кримінальних правопорушень і карається суворіше, ніж аналогічні діяння, що скоєні не щодо членів сім'ї. Так, відповідно до

ст. 222-18-3 КК Франції погроза будь-яким способом вчинити злочин проти подружжя, співмешканця, партнера, який живе із кривдником згідно з угодою громадянської солідарності, караються позбавленням волі на строк до 3 років та штрафом у розмірі 45 000 євро [9].

Статтею 222-31-1 КК Франції передбачається відповідальність за такий вид сексуального насильства в сім'ї, як інцест, вчинений стосовно подружжя або партнера, з яким особа перебуває у відносинах за угодою громадянської солідарності, або щодо інших членів сім'ї, якщо він має владу над жертвою де-юре або де-факто [9].

Крім того, у Франції ефективно налагоджена взаємодія підрозділів поліції з «гарячою мобільною лінією», що дає змогу оперативно прибувати на місце вчинення насильства в сім'ї. Підрозділи поліції повинні негайно забезпечити особі захист від особи, яка вчинила насильство. Суд може призначити такий захід протидії насильству у сім'ї, як використання електронних ОРБ-браслетів. За допомогою цих браслетів поліція отримує сигнал про те, що особа, яка вчинила насильство в сім'ї, наближається до потерпілої, і, відповідно, може оперативно реагувати на це.

Протидія домашньому насильству в Австрії базується на таких принципах: 1) забезпечення життя потерпілої особи в середовищі, що є безпечним від насильства (включаючи побутове); 2) домашнє насильство є кримінально караним діянням, а не «сімейною справою»; 3) кожному гарантується захист його прав законом.

Зокрема, положення законодавства Австрії, що спрямовані на запобігання та протидію домашньому насильству, містяться в Цивільному та в Правоохоронному кодексах, Акті служби безпеки, а також у спеціальному нормативно-правовому акті, що регулює питання запобігання та протидії домашньому насильству, – Акті про захист від насильства у сім'ї, який має силу закону. Важливими є положення останнього щодо забезпечення захисту жертви насильства від особи, яка його вчиняє, через процедури виселення кривдника і накладення заборонного ордеру. Таке рішення віднесено до повноважень поліції. Так, у випадку виникнення реальної небезпеки продовження або посилення насильства щодо потерпілої особи поліція має право на виселення кривдника з житла незалежно від його права власності шляхом видання заборонного ордеру на десятиденний строк. При цьому порушник не має права відвідувати помешкання навіть у разі згоди на це потерпілої особи. Така заборона поширюється не лише на помешкання потерпілої особи, а й на інші визначені судом місця (місце роботи, навчання дітей тощо) [5, с. 14].

Однією з основних рис Акта про захист від насильства в сім'ї в Австрії є те, що в разі вчинення насильства поліція повинна реагувати, незважаючи на інтереси потерпілої особи, яка самостійно приймає рішення лише стосовно тимчасової судової заборони. Такий двоступеневий підхід забезпечує розуміння того, що держава є відповідальною за безпеку у приватному житті та обізнана з проблематичною ситуацією потерпілої особи, яка перебуває в насильницьких стосунках під тиском кривдника.

Австрійський досвід протидії домашньому насильству було б доцільно запровадити і в діяльність правоохоронних органів України, адже в нашій державі ізолюють жертву насильства, тоді як у більшості країн світу – кривдника.

Тим не менше, за законодавством України передбачена можливість винесення термінового заборонного припису стосовно житлового приміщення, який видається винятково кривднику, однак лише за умови, що таке житло є місцем спільного проживання (перебування) постраждалої особи та кривдника відповідно до Закону від 7 грудня 2017 р. При цьому органи Національної поліції наділяються повноваженнями щодо здійснення виселення кривдника в примусовому порядку із житлового приміщення, якщо кривдник відмовляється добровільно його залишити [6].

У ФРН існує заборона щодо входження до свого будинку (квартири) у випадку вчинення насильства щодо членів сім'ї, неможливість перебування біля будинку ближче, ніж на встановлену судом відстань, обмеження контактів з дітьми, жінкою, іншою особою, що стала жертвою насильства в сім'ї, заборона наближення до потерпілих осіб, зустрічі з ними і намагання контактувати, використовуючи мобільні та інші способи зв'язку [7, с. 85].

Крім того, згідно із Законом ФРН «Про побутове насильство» потерпілій особі надається право правової претензії на виділення квартири. Тобто у разі заподіяння фізичної шкоди здоров'ю або обмеження свободи і, за певних умов, у разі виникнення загрози такого порушення суд може зобов'язати кривдника звільнити квартиру незалежно від того, в шлюбі партнери чи ні; навіть власник квартири або єдиний квартиронаймач, орендар, який вчиняє насильство, може бути примусово відселений від жертви [10].

Насильство в сім'ї згідно з польським законодавством є кримінальним правопорушенням, яке карається ст. 207 КК Польщі, розміщеної у розділі XXVI «Злочини проти сім'ї і опікунства». Зокрема, той, хто завдає фізичної чи психологічної шкоди найближчій особі або іншій особі, яка постійно чи тимчасово перебуває у залежності від винної особи, підлягає покаранню у виді позбавлення волі на строк від 3 місяців до 5 років. Якщо винний діяв із особливою жорстокістю, то строк покарання у виді позбавлення волі становить від 1 до 10 років. Якщо постраждала особа намагається вчинити самогубство внаслідок дій винуватця, то строк покарання у виді позбавлення волі становить від 2 до 12 років [11].

Незважаючи на наявність у КК Польщі окремої норми, яка передбачає відповідальність за домашнє насильство, з метою подолання проблеми насильства в сім'ї також був ухвалений і спеціальний Закон «Про протидію злочинам у сім'ї», який запровадив такий запобіжний захід, як виселення особи, яка вчинила домашнє насильство, зі спільного із жертвою житла, якщо є вагомі причини вважати, що кривдник може знову вчинити насильницький злочин щодо потерпілого. На основі цього Закону було запроваджено процедуру «Синіх Хартій», значення якої полягає в тому, що у разі фіксації факту домашнього насильства працівник поліції застосовує відповідні заходи. Так, внаслідок повідомлення про факт вчинення домашнього насильства правоохоронні органи разом із прокуратурою негайно вчиняють дії щодо усунення загрози, а саме: 1) усувають кривдника зі спільного помешкання; 2) у випадку, коли особа була засуджена за злочин проти дитини, але звільнена від відбування покарання, проте продовжує вчиняти злочини проти дитини, тоді така інформація негайно повідомляється суду і особа направляється для реального відбування покарання; 3) якщо дитина зазнає жорстокого поводження, то вона може бути негайно виселена навіть без рішення суду. У цьому випадку дитина утримується в лікарні, «тимчасовій сім'ї», а протягом 24 годин суд розглядає це питання та визначає подальші дії [12].

Крім того, в межах процедури «Сині Хартії» було введено карту «Б», яку жертва домашнього насильства заповнює в спокійній обстановці після вжиття поліцією необхідних заходів проти агресора, оскільки після акту домашнього насильства жертва не завжди може адекватно оцінити ситуацію і чітко відповісти на запитання поліції та надати всю необхідну інформацію, щоб допомогти правоохоронним органам розробити правильну стратегію надання належної допомоги у конкретній родині [13, с. 85]. Ця процедура є досить дієвим заходом боротьби з домашнім насильством. Зокрема, це пов'язано з тим, що жоден випадок насильства, вчинений агресором, не ігнорується, а супроводжується активним реагуванням поліції, яка здійснює оперативні заходи, що спрямовані на припинення насильства в родині.

Однак, незважаючи на досить ефективну діяльність таких заходів боротьби з домашнім насильством, Польщею яка є однією з країн, якою було схвалено та імplementовано положення Стамбульської конвенції в національне законодавство, у липні 2020 р. було заявлено про можливість підготовки офіційного процесу виходу з договору. Це було пояснено тим, що, на думку польського уряду, Стамбульська конвенція є шкідливою, оскільки вимагає, щоби школи вчили дітей про стать в ідеологічному плані та знецінювали біологічну. Однак така позиція була розкритикована польським народом та викликала надзвичайно бурхливу реакцію як всередині країни, так і за її межами.

Загалом нині є 11 країн, якими було підписано, але досі не ратифіковано Стамбульську конвенцію, серед яких – Велика Британія, Болгарія, а також Україна. Таке небажання ратифікувати документ часто ґрунтується на неправильному розумінні та хибному тлумаченні застосування у тексті документа слова «гендер», яке, на думку урядів цих держав, може призвести до підміни звичного поняття «біологічної статі» і сприяння пропаганді одноставних шлюбів [14].

Зокрема, у січні 2018 р. Радою міністрів Болгарії було подано пропозицію до парламенту про ратифікацію Стамбульської конвенції. Однак таке рішення швидко засудили деякі урядові міністри, депутати парламенту, медіагрупи та громадські організації, припустивши, що Конвенція може призвести до офіційного визнання третьої статі та одноставних шлюбів, а тому вважається, що проблема домашнього насильства може бути вирішена лише адекватними болгарськими законами та вдосконаленням діяльності правоохоронних органів [15].

Зокрема, «Акт про захист від насильства в сім'ї» за законодавством Болгарії регулює права осіб, які потерпіли від насильства в сім'ї, визначає заходи захисту та процедури їх забезпечення. Аналізованим актом передбачені зобов'язання правопорушника не допускати насильства. У випадку, коли суд, виходячи з реальних обставин, вважає зазначену міру недостатньо дієвою, він може ухвалити рішення про тимчасове виселення особи, яка вчиняє насильство, зі спільного помешкання на обумовлений строк. При цьому суд може заборонити правопорушнику відвідувати помешкання, місце роботи та місця регулярного перебування потерпілої особи. Також судом ухвалюється рішення про місце тимчасового проживання дитини (дітей), виходячи виключно з їхніх інтересів. Крім того, суд вправі накласти на особу, яка вчиняє домашнє насильство, зобов'язання пройти курс реабілітаційних чи інших програм, спрямованих на профілактику домашнього насильства [4].

У Великій Британії кримінально-правова протидія домашньому насильству здійснюється відповідно до Закону «Про домашнє насильство», яким насильство в сім'ї визначається як будь-який випадок загрози, насильства чи жорстокого поведіння (психологічного, фізичного, сексуального, фінансового чи емоційного) між дорослими, які є або були співмешканцями, або щодо членів сім'ї, незалежно від статі та сексуальної орієнтації [3]. Водночас передбачається дія і так званого «Закону Клер», за яким особа у будь-який момент може звернутися в поліцію з метою перевірки, чи має її партнер «насилницьке минуле». За таким запитом поліція зобов'язана провести спеціальну перевірку та за її результатами поінформувати заявника [16].

Україною було підписано Стамбульську конвенцію ще в 2011 р., але й досі її не ратифіковано, незважаючи на заклики ЄС та Ради Європи якнайшвидше розглянути це питання. Спроби її ратифікації, звичайно, були, однак зіштовхувалися із сильним опором частини парламенту та церкви. Уперше український парламент голосу-

вав з цього питання в 2016 р. і законопроект провалився: більшість депутатів вирішили, що в Конвенції містяться «норми, які не прийнятні для українського суспільства і української духовності», в тому числі поняття «гендеру». Друга спроба відбулася нещодавно, у травні 2020 р., коли Організація Об'єднаних Націй теж закликала Верховну Раду України прискорити процес ратифікації Стамбульської конвенції. Це сталося після того, як петиція про ратифікацію цієї Конвенції на сайті Офісу Президента набрала понад 25 тисяч голосів.

Загалом практика діяльності заходів протидії домашньому насильству в країнах, якими вже було ратифіковано та приведено у відповідність положення національного законодавства із Стамбульською конвенцією, свідчить про те, що цей міжнародний документ містить значно ефективніші механізми захисту людини, щодо якої здійснене насильство, ніж дія національних законів, тому що Конвенція закріплює фундаментальний принцип невідворотності кримінального покарання за різні прояви насильства, закликаючи не допускати виправдання таких кримінальних правопорушень звичаями, традиціями, упредженнями та іншими практиками, які ґрунтуються на ідеї неповноцінності жінки або на стереотипних ролях жінок та чоловіків у кожній державі.

Крім того, варто зазначити, що визначення гендерної приналежності в Стамбульській конвенції не підмінює поняття «стать» і суттєво відрізняється від інтерпретації критиків цього поняття. Відповідно до п.п. «с» ч. 1 ст. 3 Конвенції «гендер» визначено як соціально закріплені ролі, поведінку, діяльність і характерні ознаки, які певне суспільство вважає належними для жінок та чоловіків [1]. Поняття гендеру в Стамбульській конвенції закріплено тільки для того, щоб акцентувати увагу на неприпустимості будь-яких виявів дискримінації, у тому числі проявів насильства, до людей за гендерною ознакою. Разом з тим у Конвенції йдеться також про неприпустимість дискримінації за будь-якою іншою ознакою, як-от: статі, раси, кольору шкіри, мови, релігійних, політичних або інших переконань, національного або соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження, сексуальної орієнтації, гендерної ідентичності, віку, стану здоров'я, інвалідності, сімейного стану, статусу мігранта чи біженця або іншого статусу (ч. 3 ст. 4 Стамбульської конвенції) [1]. Таким чином, цей термін ніяк не пов'язаний з руйнуванням сімейних цінностей, введенням третьої статі чи сприянням пропаганді одноставних шлюбів, а тому позиція більшості країн, які зволікають із ратифікацією, свідчить про звичайну неготовність боротися зі стереотипами, що є в суспільстві щодо домашнього насильства.

Висновки. Проведений аналіз іноземного та міжнародного досвіду запобігання та протидії домашньому насильству дає підстави стверджувати про необхідність прискорення Україною процесу ратифікації Стамбульської конвенції та приведення національних законів у відповідність із положеннями цього документа. Саме імplementація положень Стамбульської конвенції в національне законодавство дасть можливість удосконалити кримінальне, кримінальне процесуальне та адміністративне законодавство України з протидії насильству стосовно жінок і домашньому насильству. Це сприятиме запровадженню додаткових заходів, спрямованих на створення запобіжних, захисних і каральних кримінально-правових механізмів протидії різним формам насильства стосовно особи, яка стала жертвою цього, і водночас забезпечить відповідність законодавства України сучасним європейським стандартам у цій сфері та нагальним потребам українського суспільства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська Конвенція) від 11.05.2011 URL: <https://rm.coe.int/1680093d9e> (дата звернення: 15.03.2021).

2. A framework for model legislation on domestic violence: Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 1995/85. Alternative approaches and ways and means within the united nations system for improving the effective enjoyment of human rights and fundamental freedoms. Further promotion and encouragement of human rights and fundamental freedoms, including the question of the programme and methods of work of the commission / United Nations, Commission on Human Rights. E/CN.4/1996/53/Add.2. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/commission/thematic52/53-add2.htm> (дата звернення: 15.03.2021).

3. Domestic Violence. Crime and Victims Act 2004. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2004/28/contents> (дата звернення: 15.03.2021).

4. За защита от домашното насилие: Закон Република България от 22.12.2009г. Българският правен портал. URL: https://www.mvr.bg/docs/librariesprovider24/default-document-library/%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD-%D0%B7%D0%B0-%D0%B7%D0%B0%D1%89%D0%B8%D1%82%D0%B0-%D0%BE%D1%82-%D0%B4%D0%BE%D0%BC%D0%B0%D1%88%D0%BD%D0%BE%D1%82%D0%BE-%D0%BD%D0%B0%D1%81%D0%B8%D0%BB%D0%B8%D0%B5.pdf?sfvrsn=4ac6be2e_0 (дата звернення: 15.03.2021).

5. Greater Protection in Cases of Domestic Violence. Information on the Act on Protection Against Violence. URL: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Formulare/Mehr_Schutz_bei_haeuslicher_Gewalt_ENG.pdf?jsessionid=0B7F536916C00BE6597375E03E9AA1D0.1_cid289?__blob=publicationFile&v=7 (дата звернення: 15.03.2021).

6. Про запобігання та протидію домашньому насильству: Закон України від 7 грудня 2017 р. № 2229-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2229-19> (дата звернення: 15.03.2021)

7. Старчук О.В. Заходи запобігання та протидії домашнього насильства: український досвід в міжнародному контексті. *Історико-правовий часопис*. 2019. № 2 (14). С. 83–87.

8. Loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs. URL: <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000000422042/> (дата звернення: 15.03.2021).

9. Code penal Republique de Francaise. URL: https://www.cjoint.com/doc/21_01/KAfpJ4NJHiU_codepenal.pdf (дата звернення: 15.03.2021).

10. Entwurf eines Gesetzes zu dem Übereinkommen des Europarats vom 11. Mai 2011 zur Verhütung und Bekämpfung von Gewalt gegen Frauen und häuslicher Gewalt. URL: <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/120/1812037.pdf> (дата звернення: 15.03.2021).

11. Kodeks karny. USTAWA z dnia 6 czerwca 1997 r. Dz. U. 1997 Nr 88 poz. 553. URL: <http://isap.sejm.gov.pl/isap.nsf/download.xsp/WDU19970880553/U/D19970553Lj.pdf> (дата звернення: 15.03.2021).

12. Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie z dnia 29 lipca 2005 r. URL: <https://sip.lex.pl/akty-prawne/dzu-dziennik-ustaw/przeciwdzialanie-przemocy-w-rodzinie-17219697> (дата звернення: 15.03.2021).

13. Митник У.М. Кримінально-правова протидія домашньому насильству в окремих країнах Європейського Союзу. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2019. Том 3. С. 83–87.

14. Chart of signatures and ratifications of Treaty 210. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/210/signatures> (дата звернення: 29.03.2021).

15. Решение на Конституционния съд на Република България, №13 от 27.08.2018. URL: <http://www.constcourt.bg/bg/Acts/GetHtmlContent/f278a156-9d25-412d-a064-6ffd6f997310> (дата звернення: 29.03.2021)

16. Закон Клер. URL: <https://angliya.com/2020/11/04/zakon-claire-domashnee-nasilie> (дата звернення: 29.03.2021).

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВА ПОЛІТИКА У СФЕРІ ДЕРЖАВНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ

CRIMINAL AND LEGAL POLICY IN THE FIELD OF STATE SECURITY OF UKRAINE

Малахов Г.Б., науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України

У статті досліджується кримінально-правова політика держави з погляду наявних зовнішніх і внутрішніх загроз державній безпеці; окреслюються напрями забезпечення безпеки держави кримінально-правовими засобами.

Обґрунтовується наявність таких проблем кримінально-правової політики, а саме:

1. Офіційно не сформульована мета кримінально-правової політики в її взаємозв'язку з цілями боротьби зі злочинністю.
2. Кримінально-правова політика, якщо і проводиться, то комплексно не формалізована (не виражена) в юридичних актах, які виходять від вищих органів державної влади. Відповідно, немає цілеспрямованості її реалізації.
3. Задекларований пріоритет профілактики в боротьбі зі злочинністю не знайшов достатнього вираження в законодавстві і, відповідно, не визначає загальної спрямованості правоохоронної діяльності.
4. Неадекватність кримінального закону загрозам безпеці.
5. Недостатня увага сфері реалізації кримінального закону.
6. Недостатня роль суду у формуванні та реалізації кримінально-правової політики.

Доводиться, що неодмінною умовою сучасної кримінально-правової політики в сфері державної безпеки України повинна стати загальнодержавна система моніторингу основних загроз безпеки держави. Водночас криміналізація діянь у сфері державної безпеки повинна спиратися на те, що кримінальне право нейтральне щодо всіх форм політичної боротьби, які перебувають у конституційному полі. Воно не повинно використовуватися як спосіб впливу або усунення політичних опонентів.

Робиться висновок, що ефективність кримінально-правової політики залежить від її підтримки суспільством, а особливо тією його частиною, як суб'єктами, які її реалізують. Тут потрібен цілеспрямований і тривалий діалог усіх учасників. Без широкого громадського обговорення, насамперед у професійному середовищі за участю провідних фахівців із різних галузей права та міжнародних експертів, громадських організацій, активного використання PR-інструментів, неможливо добитися формування антикримінальної суспільної думки.

Ключові слова: політика держави, кримінальне право, кримінально-правова політика держави, державна безпека.

The article examines the criminal law policy of the state in terms of existing external and internal threats to state security; the directions of ensuring the security of the state by criminal legal means are outlined.

The existence of the following problems of criminal law policy is substantiated, namely:

1. The purpose of criminal law policy in its relationship with the goals of combating crime has not been officially formulated.
2. Criminal law policy, if conducted, is not comprehensively formalized (not expressed) in legal acts issued by higher state authorities. Accordingly, there is no purposefulness of its implementation.
3. The declared priority of prevention in the fight against crime is not sufficiently expressed in the legislation and, accordingly, does not determine the general direction of law enforcement.
4. Inadequacy of criminal law to security threats.
5. Insufficient attention to the implementation of criminal law.
6. Insufficient role of the court in the formation and implementation of criminal law policy.

It is proved that an indispensable condition of modern criminal law policy in the field of state security of Ukraine should be a nationwide system of monitoring the main threats to state security. At the same time, the criminalization of actions in the field of state security should be based on the fact that criminal law is neutral in relation to all forms of political struggle in the Constitutional field. It should not be used as a way to influence or eliminate political opponents.

It is concluded that the effectiveness of criminal law policy depends on its support by society, and especially by that part of it, as the entities that implement it. This requires a purposeful and long dialogue of all participants. Without a broad public discussion, especially in a professional environment with the participation of leading experts in various fields of law and international experts, NGOs, the active use of PR tools, it is impossible to achieve the formation of anti-criminal public opinion.

Key words: state policy, criminal law, criminal law policy of the state, state security.

Постановка проблеми. Останнім часом несприятлива тенденція до зростання злочинності вимагають негайного пошуку ефективних шляхів процесу реформування кримінальної політики держави. У механізмі реагування на злочинні прояви пріоритетна роль відводиться інституту кримінального права, який виступає найважливішим «інструментом» у сфері кримінально-правової політики. Саме норми Кримінального кодексу України виступають основою для віднесення суспільно небезпечних діянь до злочинів, визначають такі ключові поняття, як злочин і покарання.

Уже давно не заперечується той факт, що зміни, які відбулися в кримінальному законодавстві з моменту ухвалення Кримінального кодексу України (2001), значною мірою видозмінили його початковий зміст. Усі зміни, що відбуваються з цього часу, змінили не тільки норми Особливої частини КК, а й значну кількість статей, передбачених Загальною частиною КК.

Усі внесені в Кримінальний кодекс поправки є свідченням нестабільності кримінально-правового законодавства, що, зі свого боку, не може не відбитися на кримі-

нальній політиці загалом. Зміни законодавчої бази в галузі кримінального права коливаються від процесу гуманізації, з одного боку, до численних спроб посилення кримінальної відповідальності за злочини, що посягають на державну безпеку України, – з іншого.

Розглядаючи зміни в КК України, досить складно визначити чіткий напрям кримінально-правової політики щодо питань криміналізації та декриміналізації діянь, оскільки поправки, внесені в кримінальний закон, системністю не вирізнялися. Велика частина новацій була продиктована змінами в суспільному й політичному житті країни, а також співвідношенням їх із нормами кримінального права.

Потрібно зазначити той факт, що кримінальне право традиційно вважається однією з найстабільніших галузей права. І надмірно часте внесення змін до структури норм КК однозначно варто визнати негативним явищем. Водночас останнім часом у середовищі діячів науки досить часто можна почути думку про кризу кримінального законодавства і, відповідно, необхідність реформування тексту Кримінального кодексу, аж до ухвалення нового.

Потреба в реформуванні правової політики держави, зокрема у сфері розвитку кримінального права, підтверджена також і на вищому державному рівні. Наприклад, Указом Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. започатковано роботу Комісії з питань правової реформи, у складі якої створено робочу групу з питань розвитку кримінального права (далі – робоча група). Серед іншого перед нею поставлено завдання забезпечити розроблення та внесення Президентові України узгоджених пропозицій із питань удосконалення правової системи України з урахуванням сучасних викликів і потреб демократичного суспільства, зокрема підготовки та узагальнення пропозицій стосовно змін до законодавства про кримінальну відповідальність [1].

Реалізуючи ці завдання, робоча група розробила Концепцію реформування кримінального законодавства України [2] та 29 березня 2021 р. представила попередню версію проєкту Кримінального кодексу України, який містить лише загальну структуру нового Кримінального кодексу та більш детально розроблені його окремі складники [3].

У цьому проєкті немає окремого розділу, у якому закріплено злочини проти основ національної безпеки, а статті, які входять до складу такого розділу в чинній редакції КК, розподілені між Книгою 5 «Злочини проти суспільства» та Книгою 6 «Злочини проти держави» нового проєкту. Водночас більшості так званих класичних статей проти основ національної безпеки України у презентованому проєкті немає.

Мета статті – дослідити кримінально-правову політику держави з точки зору наявних зовнішніх та внутрішніх загроз державній безпеці; окреслити напрямки забезпечення безпеки держави кримінально-правовими засобами.

Аналіз основних досліджень і публікацій. Сучасна юриспруденція вирізняється плюралізмом поглядів учених на актуальні проблеми кримінально-правової політики держави загалом та її складових елементів зокрема. Цьому напрямку наукових розвідок присвятили свої роботи такі найбільш відомі дослідники, як: Б. Головкин, О. Гуров, О. Джуца, А. Закалюк, О. Кальман, І. Карпець, В. Коваленко, О. Колб, О. Костенко, В. Кудрявцева, Р. Кузьмін, О. Литвак, О. Литвинов, В. Лунєєв, О. Мартиненко, М. Мельник, В. Мисливий, А. Митрофанов, А. Музика, В. Тацій, В. Тимошенко, В. Трубников, П. Фріс, О. Южно та багато інших. Зважаючи на недостатню увагу, приділену проблемам кримінально-правової політики у сфері національної безпеки України, обране нами дослідження є актуальним.

Виклад основного матеріалу. В українській кримінально-правовій теорії фактично немає суперечностей стосовно розуміння змісту кримінально-правової політики, і вона визначається як системоутворювальний елемент політики держави у сфері боротьби зі злочинністю, що розробляє стратегію й тактику, формулює основні завдання, принципи, напрями та цілі кримінально-правового впливу на злочинність, виробляє засоби їх досягнення й виражається в нормах законодавства про кримінальну відповідальність, практиці їх застосування, рішеннях офіційного тлумачення Конституційним Судом України кримінально-правових норм, постановках Пленуму Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ із питань застосування спеціалізованими судами законодавства про кримінальну відповідальність, судових рішеннях Верховного Суду України щодо неоднакового застосування норм матеріального права (складники кримінально-правової політики) [4, с. 19–20].

Неодмінною умовою безпечних умов існування людини, забезпечення її прав і свобод, збереження її життя та здоров'я, честі й гідності, недоторканності її безпеки є зовнішня та внутрішня безпека держави, стабільність ситуації всередині країни. Це зумовлено діалектич-

ним зв'язком внутрішньої безпеки із зовнішньою. Такий поділ на види залежно від джерела загроз на внутрішню і зовнішню, хоча й має законодавче підґрунтя, а втім, є доволі умовним. У сучасному світі загрози мають комплексний і взаємообумовлений характер. Посягання на зовнішню безпеку створює загрозу внутрішній безпеці, і, навпаки, внутрішня дестабілізація призводить до зовнішньої вразливості країни, що знайшло своє печальне підтвердження на прикладі подій на сході України.

Бажана внутрішня стабільність у сучасних умовах у більшості зумовлена відповідністю правових приписів потребам розвитку суспільства. Кримінальне право та юридичні механізми, які дозволяють його реалізацію, призначені сприяти розв'язанню досить обмеженого, але важливого завдання – протидіяти новим загрозам суспільних відносин, що постійно змінюються.

Не треба вважати, що кримінально-правова політика має домінуюче положення в забезпеченні внутрішньої безпеки держави. Справді, внутрішня безпека – це багатогранний об'єкт кримінально-правового захисту. Водночас будь-яка загроза – це комплексне явище за механізмом його дії та наслідками. Тому нейтралізація загрози, тобто забезпечення безпеки, повинні мати системний характер і містити комплекс різноманітних заходів. Серед них кримінально-правові заходи не є визначальними, оскільки спрямовані не на причини, а на їхні прояви. Нерозуміння цього загрожувє гіперболізації ролі кримінального закону в забезпеченні безпеки держави або, навпаки, може призвести до недостатньої криміналізації суспільно небезпечних проявів (особливо в політичній та ідеологічній сферах).

Категорія «загроза» є ключовою для усвідомлення безпеки та кримінально-правової політики, що її забезпечує. Основна проблема тут не в невідомості поточних і прогнозованих загроз національній безпеці та національним інтересам України з урахуванням зовнішньополітичних та внутрішніх умов (вони досить повно перелічені у Стратегії національної безпеки України, затвердженій Указом Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2020) [5].

Головним є те, наскільки глибоко ми представляємо механізм дії кожної загрози в конкретних просторових і часових рамках на регіональному та загальнодержавному рівнях.

Дія загрози – це складний, розтягнутий у часі й багатоетапний процес, який, якщо йому не протидіяти, ставить безпеку держави в критичний стан, що загрожувє втратою територіальної цілісності. Водночас у держави на першій плані усталює заходів, щоб забезпечити зовнішню і внутрішню безпеку країни. Однак за різних об'єктивних і суб'єктивних причин ця система безпекових заходів іноді не спрацьовує.

Для того, щоб удосконалити кримінально-правову політику у сфері забезпечення державної безпеки України, потрібно створити загальнодержавну систему моніторингу основних загроз безпеки держави за такою схемою:

- оцінка реальності загрози в найближчій і віддаленій перспективі;
- оцінка ступеня потенційної та реальної небезпеки загрози як для всієї країни, так і для окремих регіонів;
- оцінка динаміки розвитку загрози шляхом виявлення конкретного механізму дії загрози з прив'язкою до суб'єктів, об'єктів впливу, а також з урахуванням можливих зовнішніх і внутрішніх факторів.

Моніторинг загроз, який зазвичай проводиться на відомчому рівні, недостатній і не завжди репрезентативний. По-перше, загрози здебільшого мають комплексний характер і виходять за межі компетенції одного відомства. По-друге, не заперечується спотворення оцінки загрози через відомчу кон'юнктуру. Водночас недооцінка загрози може призвести до завдання невинувато великого збитку об'єктам безпеки, а їх переоцінка – до невинувато витрачання ресурсів держави.

Паралельно повинен здійснюватися моніторинг достатності безпекових заходів щодо нейтралізації загроз на регіональному та загальнодержавному рівнях відповідно до їхніх небезпек і механізму дії, зокрема системи кримінально-правової протидії. Тому, наприклад, під час здійснення огляду загальнодержавної системи боротьби з тероризмом [6] або огляду громадської безпеки та цивільного захисту [7] необхідно не тільки об'єктивно оцінити спроможність держави протистояти поточним і прогнозованим загрозам у тій чи іншій сферах, а й провести аналіз наявних кримінально-правових заборон на їх співрозмірність таким загрозам.

Розроблення методик моніторингу є складним науковим завданням і вимагає міжвідомчого підходу. Започаткування моніторингу можна здійснити у вигляді пілотного варіанта стосовно будь-якої загрози. Замовником і координатором такої роботи може виступити Рада національної безпеки й оборони України.

Створення дієвої системи моніторингу загроз, грамотне позиціонування кримінально-правових засобів у низці інших державних механізмів дасть можливість удосконалити кримінально-правову політику у сфері забезпечення державної безпеки України.

Звісно ж, що як основні проблеми кримінально-правової політики доцільно виділити такі.

2. *Офіційно не сформульована мета кримінально-правової політики в її взаємозв'язку з цілями боротьби зі злочинністю.*

Правильне визначення й визнання суспільством цілей боротьби зі злочинністю – завдання вкрай важке, але реальне. Зі свого боку, розв'язання цього завдання дасть змогу:

- спланувати процес впливу на злочинність;
- сконцентрувати державні ресурси на найбільш небезпечних напрямках;
- зорієнтувати законотворчу діяльність;
- оцінити ефективність кримінально-правової політики загалом й ефективність діяльності державних органів у сфері боротьби зі злочинністю зокрема, у тому числі за допомогою незалежних експертів (у чому ці органи можуть бути й не зацікавлені);
- консолідувати державу й суспільство на боротьбу зі злочинністю.

2. *Кримінально-правова політика, якщо й проводиться, то комплексно не формалізована (не виражена) в юридичних актах, які виходять від вищих органів державної влади.* Відповідно, немає цілеспрямованості її реалізації.

3. *Задекларований пріоритет профілактики в боротьбі зі злочинністю не знайшов достатнього вираження в законодавстві і, відповідно, не визначає загальну спрямованість правоохоронної діяльності.*

Нарощування тільки силових методів впливу на злочинність зазвичай не дає бажаних результатів, про що свідчить досвід багатьох держав. Основний резерв зниження злочинності – у профілактиці цього явища.

4. *Неадекватність кримінального закону загрозам безпеці.*

Інструментарій кримінально-правової охорони безпеки держави не зводиться тільки до складів злочинів, об'єктом яких є безпека держави (наприклад, тих, що передбачені в Розділі 1 Особливої частини КК). Він значно ширший і розосереджений майже по всіх майданчиках Особливої частини.

Зокрема, на безпеку держави зазіхає кілька груп злочинів:

- безпосередньо зазіхають на неї (дії, спрямовані на насильницьку зміну чи повалення конституційного ладу або на захоплення державної влади; посягання на територіальну цілісність і недоторканність України; фінансування дій, вчинених із метою насильницької зміни чи повалення конституційного ладу або захоплення державної влади, зміни меж території або державного кордону України тощо);

- забезпечують здійснення вищезазначених злочинів і є їхньою складовою частиною (придбання зброї, створення незаконних військових формувань, здійснення терористичних актів тощо);

- створюють сприятливе середовище для розвитку злочинних діянь першого типу (корупція, тіньова економіка, розкрадання тощо).

Тому ефективність кримінально-правової охорони безпеки держави залежить від ефективності кримінального закону загалом.

5. *Недостатня увага сфері реалізації кримінального закону.*

Дослідження кримінально-правових засобів охорони безпеки держави дає змогу стверджувати, що їх цілком досить для розв'язання поставлених завдань. Сказане, звичайно, не заперечує необхідності вдосконалення кримінального закону. Однак основні зусилля, на нашу думку, варто зосередити на сферах його реалізації: кримінально-процесуальній, контрольно-розшуковій, оперативно-розшуковій і кримінально-виконавчій, а також правозастосовній практиці.

6. *Недостатня роль суду у формуванні та реалізації кримінально-правової політики.*

Ми не заперечуємо тези, що суд не є органом боротьби зі злочинністю. Однак не можна перетворювати суд у стороннього спостерігача. По-перше, суд є органом, який повинен реалізовувати у своїй діяльності проведену в країні єдину кримінально-правову політику (наприклад, у сфері боротьби з корупцією), природно, ґрунтуючись на законі. По-друге, суд сам є суб'єктом, який повинен формувати і реально формує правозастосовну політику у вигляді: рішень за конкретними кримінальними справами (фактично створюючи прецеденти, на які орієнтується досудове слідство); постановами Пленуму Верховного Суду.

Висновки. Неодмінною умовою сучасної кримінально-правової політики в сфері державної безпеки України повинна стати загальнодержавна система моніторингу основних загроз безпеці держави. Водночас криміналізація діянь у сфері державної безпеки повинна спиратися на те, що кримінальне право нейтральне щодо всіх форм політичної боротьби, які перебувають у конституційному полі. Воно не повинно використовуватися як спосіб впливу або усунення політичних опонентів.

Ефективність кримінально-правової політики залежить від її підтримки суспільством, а особливо такою його частиною, як суб'єкти, які її реалізують. Тут потрібен цілеспрямований і тривалий діалог усіх учасників. Без широкого громадського обговорення, насамперед у професійному середовищі за участю провідних фахівців із різних галузей права та міжнародних експертів, громадських організацій, активного використання PR-інструментів, неможливо добитися формування антикримінальної суспільної думки.

ЛІТЕРАТУРА

1. Питання Комісії з питань правової реформи : Указ Президента України № 584/2019 від 7 серпня 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/584/2019#Text> (дата звернення: 05.04.2021).
2. Концепція реформування кримінального законодавства України : *проект*. Робоча група з питань розвитку кримінального права. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/concept> (дата звернення: 05.04.2021).
3. Кримінальний кодекс України : *проект*. Робоча група з питань розвитку кримінального права. URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2021/03/30/kontrolnyj-proekt-kk-29-03-2021-1.pdf> (дата звернення: 05.04.2021).

4. Борисов В.И., Фрис П.Л. Понятие уголовно-правовой политики. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1 (1). С. 15–31.

5. Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 14 вересня 2020 р. «Про Стратегію національної безпеки України» : Указ Президента України від 14 вересня 2020 р. № 392/2020. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/3922020-35037> (дата звернення: 05.04.2021).

6. Про Порядок проведення огляду загальнодержавної системи боротьби з тероризмом : Указ Президента України від 9 липня 2019 р. № 506/2019 від 9 липня 2019 р. № 506/2019. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/506/2019> (дата звернення: 05.04.2021).

7. Про затвердження Порядку проведення огляду громадської безпеки та цивільного захисту Міністерством внутрішніх справ : постанова Кабінету Міністрів України від 22 травня 2019 р. № 507. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/507-2019-%D0%BF#Text> (дата звернення: 05.04.2021).

СПЕЦІАЛЬНО-КРИМІНОЛОГІЧНЕ ЗАПОБІГАННЯ ТЕРОРИЗМУ

SPECIAL CRIMINOLOGICAL PREVENTION OF TERRORISM

Озерчук І.М., провідний науковий співробітник

Український науково-дослідний інститут спеціальної техніки та судових експертиз Служби безпеки України

У статті здійснено аналіз організаційних, правових та кримінологічних шляхів, методів та засобів удосконалення наявних та розроблення нових підходів до запобігання тероризму в Україні. Комплексно розглядаються питання вдосконалення спеціально-кримінологічних заходів у сфері запобігання цьому суспільно небезпечному явищу.

Обґрунтовується, що головним напрямом у комплексі спеціально-кримінологічних заходів у сфері запобігання тероризму має бути своєчасне виявлення та усунення передумов соціально-політичних конфліктів, які можуть бути використані як привід для застосування терористичних методів їх розв'язання.

Крім цього, зазначається, що наступним напрямом запобігання тероризму, який випливає безпосередньо з попереднього, є протидія ідеології насильства та екстремізму, позбавлення терористів підтримки з боку суспільства та окремих його прошарків.

Також доводиться, що одним із важливих елементів запобігання тероризму має бути комплекс оперативно-розшукових та контррозвідувальних заходів, спрямований на виявлення і позбавлення терористів джерел матеріально-технічного забезпечення та фінансування, ліквідацію зовнішніх і внутрішніх джерел надходження коштів для терористичної діяльності.

Наголошується на необхідності зміцнення захисту терористично вразливих цілей, а також удосконалення системи забезпечення безпеки й охорони цивільного населення.

Обґрунтовується потреба в протидії доступу терористів до високотехнологічної зброї, зокрема засобів масового ураження та їх доставки.

Пропонується законодавчо закріпити право органів СБУ вносити у державні органи, адміністрації підприємств, установ та організацій незалежно від їх форм власності, у громадські об'єднання, а також відповідним службовим особам подання про усунення причин та умов, які сприяють реалізації загроз національній безпеці України, а також подання про усунення причин та умов, які сприяли скоєнню адміністративних правопорушень у сфері антитерористичної безпеки.

Ключові слова: тероризм, запобігання тероризму, спеціально-кримінологічне запобігання, антитерористична діяльність.

The article analyzes the organizational, legal and criminological ways, methods and tools of improving existing and developing new approaches to preventing terrorism in Ukraine. The issues of improving special criminological measures in the field of prevention of this socially dangerous phenomenon are comprehensively considered.

It is substantiated that the main direction in the complex of special criminological tools in the field of terrorism prevention should be the timely detection and elimination of the preconditions of socio-political conflicts that can be used as an excuse to use terrorist methods to resolve them.

In addition, it is noted that the next direction of preventing terrorism, which stems directly from the previous one, is to counter the ideology of violence and extremism, depriving terrorists of support from society and its segments.

It is also proved that one of the important elements of terrorism prevention should be a set of operational and counterintelligence measures aimed at identifying and depriving terrorists of sources of logistics and financing, elimination of external and internal sources of funds for terrorist activities.

Emphasis is placed on the need to strengthen the protection of terrorist-vulnerable targets, as well as to improve the security and protection of the civilian population.

The need to counter terrorist access to high-tech weapons, including the means of mass destruction and their delivery, is substantiated.

It is proposed to legislate the right of the Security Service of Ukraine to submit to government agencies, administrations of enterprises, institutions and organizations regardless of their forms of ownership, public associations, as well as relevant officials to eliminate the causes and conditions that contribute to threats to national security of Ukraine, and submissions to eliminate the causes and conditions that contributed to the commission of administrative offenses in the field of anti-terrorist security.

Key words: terrorism, prevention of terrorism, special criminological prevention, anti-terrorist activity.

Постановка проблеми. Сучасний період розбудови української державності характеризується нестабільним і часто кризовим станом майже в усіх сферах життя країни і суспільства: в зовнішній і внутрішній політиці, економіці, національних та релігійних відносинах, у галузі права і моралі, що сприяє процесу розростання екстремізму та його крайньої форми – тероризму. Протягом тривалого часу дестабілізуючим чинником національної безпеки залишається рівень злочинності в Україні, який суттєво зріс із початком російської агресії на Сході країни. Характерною рисою цього процесу є не просто збільшення кількості злочинів, а якісні зміни злочинності – наявність у них елементів тероризму. Українська дійсність створила виключно сприятливі умови для відтворення широкого спектра кримінальних виявів, зокрема таких, які раніше не були відомими у нашій країні: захоплення заручників із метою отримання викупу, вбивства на замовлення, застосування вибухових пристроїв у багатолюдних місцях тощо.

Високий рівень терористичної активності та з кожним роком усе більш тяжкі її наслідки актуалізують питання щодо інтенсифікації зусиль із запобігання цій глобальній загрозі шляхом розроблення нової стратегії і тактики протидії тероризму. Це зумовлює необхідність творчого переосмислення вказаних проблем, аналіз складних міжнародних та внутрішньодержавних соціальних явищ і процесів,

які породжують та стимулюють терористичну діяльність відповідно до потреб практики, умов сучасного етапу розвитку суспільства. Правильна оцінка цієї ситуації вможливить побудову такої системи запобіжних заходів попередження та протидії тероризму, яка буде адекватною його реальним загрозам.

Метою статті є науково-теоретичне обґрунтування нормативно-правових засад спеціально-кримінологічних заходів запобігання тероризму.

Аналіз основних досліджень і публікацій. Останніми роками інтерес науковців до проблеми запобігання тероризму суттєво зріс, що призвело до збільшення кількості наукових розвідок у цьому напрямі. Так, питання кримінально-правової та кримінологічної характеристики тероризму та злочинів, що є його виявами, були предметом науково-правового аналізу в дослідженнях таких вітчизняних авторів: В.Ф. Антипенка, О.Ф. Бантишева, М.А. Дмитренка, А.П. Закалюка, В.С. Зеленецького, Н.А. Зелінської, В.П. Смельянова, В.Н. Кубальського, Б.Д. Леонова, В.А. Ліпкана, О.В. Наден, І.М. Рижова, О.Г. Семенюка, О.В. Шамари та ін.

Незважаючи на значну кількість наукових праць із цього питання, чіткої теорії протидії тероризму, яка б, виходячи з його кримінологічних характеристик, указувала на шляхи локалізації його злочинних виявів за допо-

могою спеціально кримінологічних заходів, сьогодні ще не розроблено. Таким чином, актуальність і значущість зазначеної проблематики, недостатність її розроблення в кримінологічній науці зумовили необхідність вирішення цього завдання на рівні наукової статті

Виклад основного матеріалу. Спеціально-кримінологічне запобігання – це сукупність заходів запобігання злочинності, змістом яких є різноманітна робота державних органів, громадських організацій, соціальних груп і громадян, спрямована на усунення причин та умов, що породжують і сприяють злочинності, а також недопущення вчинення злочинів на різних стадіях злочинної поведінки [1, с. 96].

Таке розуміння поняття спеціально-кримінологічного запобігання дає можливість сформулювати такі основні завдання спеціально-кримінологічного запобігання тероризму, як:

- виявлення та нейтралізація причин та умов терористичних акцій, а також обставин, які можуть зумовлювати їх вчинення;

- виявлення осіб, здатних через поведінку та образ життя вдатися до терористичної діяльності або бути втягнутими в неї, здійснення на них профілактичного впливу з урахуванням особистісних властивостей;

- недопущення завершення розпочатої злочинної терористичної акції на стадії готування або замаху.

Однією із суттєвих характеристик спеціально-кримінологічних заходів є їх комплексність. Тому, на нашу думку, вважається за доцільне розглянути заходи спеціального запобігання тероризму саме під цим кутом зору.

Криміногенні процеси та явища, що детермінують тероризм, є різними за генезисом, сферою, формами та інтенсивністю виявів. Водночас вони реалізують свою негативну спрямованість у сукупності, взаємно посилюючи одне одного як на рівні регіону (об'єкта), так і щодо конкретного мікросередовища або особи [2, с. 190–191].

Це вимагає своєчасного протиставлення криміногенним комплексам, що детермінують тероризм, комплексу спеціально-кримінологічних антитерористичних заходів. Саме комплексні запобіжні заходи забезпечують таку нейтралізацію криміногенних факторів, яка унеможливить активізацію їх дії і необхідність знову і знову повертатися до ситуації у цій сфері. Таким чином, мобілізуючи максимальні сили і засоби для вирішення конкретних кримінологічних завдань із запобігання тероризму, комплексність заходів забезпечує в кінцевому рахунку ще й економію цих сил і засобів.

Як зазначається більшістю науковців, в основі тероризму завжди лежить певний непримиримий конфлікт, для розв'язання якого одна з його сторін удається до насильства. Отже, головним напрямом у комплексі спеціально-кримінологічних заходів у сфері запобігання тероризму має бути *своєчасне виявлення та усунення передумов соціально-політичних конфліктів, які можуть бути використані як привід для застосування терористичних методів їх розв'язання.*

Соціальний конфлікт – це конкурентна взаємодія двох чи більше сторін у процесі спільної комбінованої діяльності та відстоювання власних інтересів, прав або повноважень. Щодо політичних конфліктів, то під ними розуміється таке зіткнення інтересів, поглядів, програм тощо сторін конфліктних відносин, які стосуються не тільки власної користі, а й публічних інтересів суспільства [3, с. 49].

Зрозуміло, що об'єктами уваги правоохоронців повинні бути не всі соціальні та політичні конфлікти, які виникають у суспільстві, а лише ті, які безпосередньо породжують мотивацію на вчинення терористичної акції або активно використовують для закріплення терористичної свідомості екстремістськи налаштованих сторін конфлікту. Проведене нами дослідження дає підстави стверджувати, що особливої уваги потребують етнічні, релігійні, національні та територіальні суперечності, які систематично виникають та провокуються на теренах України.

Розв'язання будь-якого соціально-політичного конфлікту – це певні регулювальні дії (заходи) владних структур на основі компромісних рішень за наявності незбижних інтересів та цілей сторін конфліктних відносин. Тому робота правоохоронців у цій сфері повинна полягати не тільки у своєчасному виявленні таких непримиренних суперечностей та інформуванні відповідних владних структур, а й у пошуку та наданні пропозицій можливих компромісів щодо врегулювання спірних питань.

Наступним напрямом запобігання тероризму, який безпосередньо впливає з попереднього, є *протидія ідеології насильства та екстремізму, позбавлення терористів підтримки з боку суспільства та окремих його прошарків.* Як вважає більшість фахівців у сфері протидії тероризму, екстремізм і тероризм породжуються дисгармонійним розвитком у соціальній, політичній і культурній сферах. Як свідчить практика, самі по собі ці суперечності здатні створити лише передумови для екстремізму. Перетворення їх в особливу ідеологію і політичну практику – це завжди справа рук конкретних людей та груп, які заробляють політичні дивіденди на акцентуванні різних міжгрупових суперечностей та експлуатації ксенофобії.

Під час формування терористичної ідеології її підґрунтям можуть бути націоналізм, клерикалізм, сепаратизм, політичний екстремізм, а іноді й просто певна фантастична ідея, побудована на релігійних викривленнях новомодних сектантських течій, які так потужно представлені останнім часом на теренах нашої держави.

Правовою основою запобігання розповсюдженню ідеології тероризму та публічного підбурювання до вчинення терористичних акцій є Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму [4].

Ураховуючи спосіб впливу терористів на свідомість громадян із метою підбурення їх до терористичної діяльності, залучення їх до тероризму або навчання тероризму, напрями упереджувальних заходів повинні бути спрямовані на:

- позбавлення терористів доступу до засобів масової інформації з метою розповсюдження своєї ідеології та вербування нових членів терористичних організацій, унеможливлення створення міжнародними терористичними організаціями власних телекомпаній або друкованих органів на території України;

- виявлення та притягнення до кримінальної відповідальності професійних вербувальників, зокрема членів міжнародних терористичних організацій;

- пошук та вилучення інформаційних матеріалів екстремістської спрямованості (зокрема проповідей та відеоматеріалів із районів бойових дій) та пропагандистської літератури, яка розпалює міжнаціональну та релігійну ворожнечу, закликає до крайніх засобів, зокрема й терористичних, розв'язання конфліктних ситуацій у суспільстві, містить інструктивні матеріали щодо виготовлення або використання засобів вчинення терористичних акцій; перекриття каналів увезення такої літератури з-за кордону;

- установа місць підготовки та тренування новобранців терористичних організацій; здійснення оперативного нагляду за потенційними інструкторами терористів (фахівцями в галузі інженерно-вибухових робіт, тренерів різноманітних видів єдиноборств, кульової стрільби тощо);

- розроблення рекомендацій щодо форм взаємодії ЗМІ та правоохоронних органів під час проведення антитерористичних операцій; проведення консультацій із розширення можливостей ЗМІ професійно доводити до населення інформацію про тероризм і вирішення етичних проблем, що стосуються висвітлення терористичних акцій у ЗМІ, пропаганди релігійної, расової та етнічної терпимості.

Інтенсивність терористичної діяльності безпосередньо залежить від її фінансування. Тому одним із важливих елементів запобігання тероризму повинен бути комплекс оперативно-розшукових та контррозвідувальних заходів, спря-

мований на **виявлення і позбавлення терористів джерел матеріально-технічного забезпечення та фінансування, ліквідацію зовнішніх і внутрішніх джерел надходження коштів для терористичної діяльності.**

До зовнішніх джерел фінансування слід зарахувати надходження від міжнародних ісламських екстремістських організацій, країн ісламського світу, фінансових олігархів, зацікавлених у тривалому підтриманні нестабільності на Сході країни, розпалюванні сепаратистських настроїв радикально налаштованих прошарків населення. До внутрішніх джерел можна зарахувати надходження від незаконного обігу наркотиків, зброї, нелегальної міграції, розкрадань бюджетних коштів, організованої злочинної діяльності у сфері економіки та ін.

Більшість фінансових експертів стверджують, що терористи переміщують свої гроші через мережу нелегальних фінансових установ, а після їх достатньої «замаскованості» переказують грошові кошти у більш надійні фінансові інститути «великої сімки» [5, с. 119]. З огляду на такий механізм фінансування терористичної діяльності, одним із головних напрямів ліквідації каналів переміщення коштів є виявлення і закриття рахунків банківських установ, які відіграють важливу роль у фінансуванні терористів. Серед найбільш придатних для цієї мети місць найчастіше розглядаються офшорні банківські центри, деякі з яких діють за досить ліберальними правилами.

На тлі активізації прийнятих міжнародною антитерористичною спільнотою заходів із виявлення і перекриття каналів фінансування тероризму екстремістські і терористичні організації стали все частіше орієнтуватися на самофінансування за рахунок використання широкого кола кримінальних джерел, суттєве місце серед яких займають надприбутки від організації незаконного обігу наркотиків і зброї, викрадення людей, організації нелегальної міграції, вимагання грошей з осіб, які мають тіньові доходи, контрабандна діяльність тощо.

Однією з найбільш небезпечних реалій сучасного тероризму є бажання терористів спричинити масову загибель людей шляхом використання небезпечних для здоров'я властивостей об'єктів промисловості, транспорту, зв'язку, ядерного, паливно-енергетичного та продовольчого комплексів, об'єктів масового використання та життєзабезпечення у великих містах та населених пунктах. Така негативна практика міжнародних терористичних організацій вимагає постійного здійснення заходів щодо **зміцнення захисту терористично уразливих цілей, а також удосконалення системи забезпечення безпеки й охорони цивільного населення.**

Захист терористично уразливих об'єктів повинен передбачати реалізацію заходів безпеки, які, на нашу думку, умовно можна поділити на дві групи: **пасивні та активні.**

Пасивні заходи захисту слід вибудовувати від потенційного об'єкта терористичних посягань. Такий об'єкт за допомогою режимних, технічних, інженерних засобів, засобів військового і фізичного захисту повинен бути захищений фортецею, якою прикривається від будь-яких загроз (незалежно від того, хто і яким чином буде її атакувати).

Сучасна практика вже виробила низку ефективних заходів, які дозволяють знизити поріг ризику терористичних акцій. Серед них – утворення зон безпеки найбільш уразливих об'єктів (навчальних, лікувальних закладів, ринків та ін.), введення на кожному об'єкті паспорта антитерористичної захищеності тощо. У зазначених паспортах не лише містяться відомості про відповідний об'єкт, його персонал, технічну оснащеність, а й моделюються можливі критичні ситуації, варіанти дії охорони, працівників міліції та персоналу [6, с. 84–85].

Нині у вітчизняному законодавстві відсутні нормативно-правові акти, які б регулювали порядок антитерористичного захисту таких об'єктів та встановлювали

відповідальність їх власників за неналежне виконання запобіжних заходів, що значно знижує ефективність антитерористичної діяльності. Зважаючи на нагальну потребу запровадження цих антитерористичних заходів у повсякденну діяльність підприємств, установ та організацій різних форм власності, необхідно вирішити комплекс правових питань, який забезпечить їх дотримання суб'єктами господарювання та фізичними особами:

- розроблення та впровадження типових правил антитерористичної безпеки;
- установлення адміністративної відповідальності керівників (власників) терористично уразливих об'єктів за порушення таких правил;
- установлення повноважень і відповідальності суб'єктів протидії тероризму під час здійснення контрольних функцій за дотриманням правил антитерористичної безпеки;
- визначення адміністративно-правових режимів зон, що оточують найбільш небезпечні об'єкти, та встановлення адміністративної відповідальності за їх порушення;
- установити можливість законних підстав для вжиття спеціальних перевірочних заходів стосовно персоналу, безпосередньо допущеного до роботи на таких небезпечних об'єктах, під час прийому їх на роботу та під час їх подальшої трудової діяльності.

Заходи активного захисту повинні бути орієнтовані на виявлення, оперативний контроль та розроблення суб'єктів, здатних учинити терористичну акцію на таких об'єктах. При цьому об'єктом оперативного контролю повинна бути не лише сама особа, а і її поведінка у певному середовищі та й саме середовище, в якому вона перебуває.

Хоча у більшості терористичних акцій використовуються звичайні види зброї (стрілецька, промислові та саморобні вибухові пристрої), не можна ігнорувати значні руйнівні наслідки можливого використання терористами ядерної, біологічної, хімічної або радіологічної зброї. Тому наступним тактичним напрямом запобігання тероризму повинна бути **протидія доступу терористів до високотехнологічної зброї, зокрема засобів масового ураження та їх доставки.**

Загальна концепція протидії застосуванню високотехнологічної зброї та засобів масового ураження не відрізняється від концепції захисту терористично вразливих об'єктів (пасивні (захист об'єктів посягання) та активні (виявлення та оперативний контроль і перевірка суб'єктів, здатних учинити терористичний напад на такі об'єкти) заходи). З огляду на високу ймовірність застосування високотехнологічної зброї під час учинення злочинних терористичних акцій, тактика протидії цьому виду тероризму повинна будуватися з урахуванням імовірних моделей таких атак.

Вирішення поставлених перед СБУ завдань у сфері запобігання тероризму не є можливим без **координації дій усіх суб'єктів антитерористичної діяльності, а також міжнародної співпраці з цих питань.**

Відповідно до чинного антитерористичного законодавства СБУ є головним координатором у сфері запобігання тероризму [7]. На перший план у координації діяльності спеціально вповноважених державою органів протидії тероризму виходить прийняття СБУ кримінологічно зумовлених управлінських рішень. Центральне місце у такому поєднанні кримінології й управління повинна посісти проблема соціальної зумовленості і кримінологічної обґрунтованості спільних антитерористичних заходів. Інакше кажучи, їх зміст повинен співвідноситися з криміногенною ситуацією і соціальною реальністю. Лише у такому разі можна розраховувати на їх ефективність.

З огляду на викладене, нами пропонується створити антитерористичну кримінологічну службу, яка б підпорядковувалася Антитерористичному центру при СБУ. В основі її діяльності має бути покладено функцію моніторингу

та аналізу криміногенної обстановки на цій ділянці роботи, а також тенденцій світових глобальних геополітичних процесів із метою забезпечення ефективності державно-правового впливу на причинно-наслідкові зв'язки, які виявляються в конкретних терористичних злочинах.

До основних завдань антитерористичної кримінологічної служби слід, на нашу думку, зарахувати:

- створення інформаційної бази криміногенних чинників тероризму, яка сприятиме проведенню постійного моніторингу їх динаміки, аналізу причин та умов, що сприяють вчиненню таких злочинів, їх виявленню та прогнозуванню;

- визначення державної політики запобігання тероризму;

- розроблення державної та регіональних програм запобігання цьому суспільно небезпечному явищу;

- унесення пропозицій щодо ресурсного та кадрового забезпечення всієї системи запобігання тероризму.

Завершуючи розгляд питання підвищення ефективності спеціально-кримінологічного запобігання тероризму, слід підкреслити одну важливу обставину, що полягає у незбігу сфери, яка породжує різноманітні терористичні вияви, та сфери, в якій ці вияви фіксуються. Так, міжнаціональні конфлікти, які характеризуються високим ступенем імовірності вчинення злочину терористичного характеру, можуть виникнути на ґрунті територіальних претензій або в результаті прийняття непродуманих адміністративних рішень. Протестні акції широких верств населення, які становлять значну небезпеку соціального вибуху із застосуванням насильства, зокрема й терористичного, найчастіше є наслідком погіршення їх соціально економічного становища.

У процесі виникнення та розростання загрози цих екстремістських виявів, здатних перерости у відкриті насильницькі акції із застосуванням методів тероризму, відбувається розрив компетенції СБУ із можливістю впливати на ці негативні процеси щодо їх локалізації та нейтралізації. Інакше кажучи, фактори, які детермінують терористичні акції, найчастіше виникають у тих сферах соціально-політичного та економічного життя держави, безпосередньо впливати на які спецслужба не тільки не може, а й не має права, тому що у цьому разі обов'язково вийде за межі своєї компетенції, перевищить повноваження, порушить Закон.

Ця обставина вимагає тісної взаємодії спецслужби та всіх інших органів державної влади у сфері запобігання тероризму. СБУ може надати суттєву допомогу органам державної влади на всіх її рівнях у справі виявлення та усунення чинників тероризму шляхом своєчасного отримання інформації та превентивного інформування зацікавлених державних структур про можливе загострення обста-

новки, прогнозу розвитку останньої та надання конкретних пропозицій щодо нормалізації ситуації, здатної перерости у соціальні та політичні конфлікти. При цьому така діяльність СБУ не лише повинна носити інформативний характер з означених питань, а й бути забезпечена правовим механізмом обов'язкового відповідного реагування на таку інформацію з боку суб'єктів господарювання та повноважених органів влади.

Ураховуючи викладене, нами пропонується законодавчо закріпити право органів СБУ вносити у державні органи, адміністрації підприємств, установ та організацій незалежно від їх форм власності, у громадські об'єднання, а також відповідним службовим особам подання про усунення причин та умов, які сприяють реалізації загроз національній безпеці України, а також подання про усунення причин та умов, які сприяли скоєнню адміністративних правопорушень у сфері антитерористичної безпеки.

Право на внесення подання на виявлені спецслужбою в процесі оперативно-розшукової та контррозвідувальної діяльності причини та умови, які сприяють реалізації терористичних загроз національній безпеці України, дозволить не лише своєчасно локалізувати дію детермінантів тероризму і не допустити їх переростання у терористичні акції, а й розширить профілактичний інструментарій СБУ у сфері запобігання тероризму. Водночас необхідно встановити адміністративну відповідальність офіційно поінформованих уповноважених службових осіб за невиконання вичерпних заходів за внесеним поданням.

Підсумовуючи аналіз спеціально-кримінологічних заходів у сфері запобігання тероризму, можемо зробити **висновок**, що основними напрямками підвищення їх ефективності є:

- правове регулювання та запровадження системи безпеки на терористично уразливих та терористично небезпечних об'єктах шляхом розроблення та затвердження типових правил антитерористичної безпеки;

- правове закріплення підстав та порядку проведення спеціальних заходів перевірки стосовно персоналу, який безпосередньо допущений до роботи на таких об'єктах;

- установа повноважень і відповідальності суб'єктів протидії тероризму під час здійснення контрольних функцій за дотриманням правил антитерористичної безпеки;

- розподіл функцій, компетенцій та повноважень правоохоронних та інших державних органів у сфері запобігання тероризму, зокрема через залучення до його профілактики громадських утворень та неурядових інституцій;

- створення антитерористичної кримінологічної служби, яка повинна підпорядковуватися Антитерористичному центру при СБУ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Даньшин І.М., Голіна В.В., Кальман О.Г., Лисодед О.В. Кримінологія: Загальна та Особлива частини : підруч. для студентів юрид. спец. вищ. навч. закладів; за ред. проф. І.М. Даньшина. Харків : Право, 2003. 352 с.
2. Теоретические основы предупреждения преступности / Антонян Ю.М. и др. Москва : Юрид. лит., 1977. 256 с.
3. Селіванов В. Цілевизначення в державній політиці. *Право України*. 2003. № 3. С. 46–54.
4. Конвенція Ради Європи про запобігання тероризму від 16 травня 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_712#Text (дата звернення 17.04.2021).
5. Флетчер Н.Б. Верховенство закона, тероризм и меры противодействия со стороны США, включая Пэтриот экт от 2001 г. *Организованная преступность, терроризм и коррупция: Криминологический ежеквартальный альманах*. Москва : Юристъ, 2003. Вып. 2. С. 110–121.
6. Моторный И.Д. Защита гражданских объектов от терроризма: научно-практич. пособие. Москва : Издательский дом Шумиловой И.И., 2005. 163 с.
7. Про боротьбу з тероризмом : закон України від 20 березня 2003 року № 638-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/638-15#Text> (дата звернення 17.04.2021).

**ПРИМУСОВІ ЗАХОДИ ВИХОВНОГО ХАРАКТЕРУ У СИСТЕМІ ЗАХОДІВ
КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ВПЛИВУ ЩОДО НЕПОВНОЛІТНІХ:
ПОГЛЯД НА ПРОБЛЕМУ**

**COMPULSORY MEASURES OF EDUCATIONAL NATURE
IN THE SYSTEM OF MEASURES OF CRIMINAL LEGAL INFLUENCE ON MINORS:
A VIEW ON THE PROBLEM**

**Парасюк М.В., студентка II курсу
юридичного факультету**

Львівський національний університет імені Івана Франка

У статті акцентується увага на тому, що відсутність законодавчої дефініції терміна «примусові заходи виховного характеру» не сприяє однозначному розумінню кримінально-правової природи цих заходів. Застосування заохочувальних заходів щодо неповнолітніх правопорушників підпорядковано меті домогтися виправлення без застосування покарання. Констатовано, що обґрунтованим є визначення у Кримінальному кодексі України переліку цих заходів. Звертається увага на їхній змішаний характер і можливість застосування до спеціальних суб'єктів. Підтримується позиція про віднесення цих заходів до категорії інших заходів кримінально-правового характеру, що є альтернативою покарання. Сфера застосування примусових заходів виховного характеру є ширшою, і це дозволяє їх реалізовувати як через кримінальну відповідальність (ст. 105 КК України), поза межами кримінальної відповідальності (ст. 97 КК України), а також регламентована можливість їх застосування щодо особи, котра до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною Кримінального кодексу України. Констатовано, що, оскільки ці заходи є примусовими, деякі із цих видів із притаманними для них обмеженнями прав і свобод можуть сприйматися особами, до яких вони застосовані, наближено до покарання. Акцентована увага на тому, що метою застосування примусових заходів виховного характеру має бути виправлення особи, попередження вчинення протиправних діянь, а також ресоціалізація. Передбачення у кримінальному законі одного переліку примусових заходів виховного характеру для звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання не є обґрунтованим з погляду гуманізації кримінальної відповідальності щодо неповнолітніх. Наголошується на доцільності диференціювати розглядувані заходи залежно від можливості їх призначення у разі звільнення від кримінальної відповідальності чи звільнення від покарання.

Ключові слова: неповнолітні, примусові заходи виховного характеру, звільнення від кримінальної відповідальності, звільнення від покарання, заохочення, інші заходи кримінально-правового характеру, гуманізм, осуд, покарання.

This article emphasizes that the lack of a legal definition of the term “coercive measures of an educational nature” does not contribute to a clear understanding of the criminal nature of these measures. The application of incentive measures against juvenile offenders is subject to the goal of achieving correction without punishment. It is stated that it is reasonable to define in the Criminal Code of Ukraine an exhaustive list of these measures. Attention is drawn to their mixed nature and possibilities of application to special subjects. The position that these measures are classified as other measures of a criminal law nature, which is an alternative to punishment, is supported. At the same time, it is emphasized that the scope of application of coercive measures of educational nature is wider, which allows to implement them both through criminal liability (Article 105 of the Criminal Code of Ukraine), outside criminal liability (Article 97 of the Criminal Code of Ukraine), in respect of a person who, before reaching the age from which criminal liability may arise, has committed a socially dangerous act that falls under the signs of an act provided for in the Special Part of the Criminal Code of Ukraine. It was stated that since these measures are coercive, some of these types, with their inherent restrictions on rights and freedoms, may be perceived by the persons to whom they are applied, close to punishment. Emphasis is placed on the fact that the purpose of the application of coercive measures of an educational nature should be to correct the person, prevent the commission of illegal acts, as well as their resocialization. The provision in the criminal law of one list of coercive measures of an educational nature for release from criminal liability and release from punishment is not justified from the point of view of humanization of criminal liability against minors. Emphasis is placed on the expediency of differentiating the measures in question depending on the possibility of their appointment in the case of release from criminal liability or release from punishment.

Key words: juveniles, coercive measures of an educational nature, release from criminal liability, release from punishment, incentives, other measures of criminal law nature, humanism, condemnation, punishment.

Постановка проблеми: Злочинність неповнолітніх є глобальною проблемою сучасності, у вирішенні якої зацікавлене усе світове співтовариство. Це зумовлюється, зокрема, тим, що підростаюче покоління відіграє вирішальну роль у забезпеченні життєздатності суспільства та його розвитку. З огляду на специфіку особистості неповнолітнього та його нездатність до самостійного прийняття важливих рішень у критичній ситуації із застереженням слід підходити до застосування щодо цієї категорії осіб заходів кримінально-правового впливу. Мінімальні стандартні правила ООН, які стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р., орієнтують держави не допускати передчасного застосування до неповнолітніх кримінального покарання, особливо у виді позбавлення волі. Доцільно перевагу надавати опіці та нагляду, пробації, громадським роботам, фінансовим покаранням, компенсації та реституції, передачі на виховання тощо [1]. Визначальною особливістю національного реагування на кримінально-протиправну поведінку неповно-

літнього є можливість застосування у процесі звільнення від кримінальної відповідальності та звільнення від покарання примусових заходів виховного характеру. Законодавче закріплення порядку реалізації цих заходів міститься в окремому розділі XV Загальної частини КК України поряд з іншими особливостями кримінальної відповідальності та покарання неповнолітніх. Незважаючи на важливість цих законодавчих положень для гуманізації кримінально-правового впливу щодо неповнолітніх, у цій сфері кримінально-правового регулювання є ціла низка проблемних аспектів, які пов'язані із визначенням кримінально-правової природи цих заходів, їхніх видів, форм реалізації та порядку застосування. Попри це все законодавчий текст кримінально-правової норми, яка передбачає перелік примусових заходів виховного характеру (ст. 105 КК України) залишається стабільно незмінним, починаючи із моменту набрання чинності первинної редакції цієї статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науковці уже тривалий час сигналізують про потребу зміни кон-

цепції щодо регламентації примусових заходів виховного характеру, однак «віз і далі там». Про це пишуть у своїх наукових дослідженнях Ю.В. Баулін, В.М. Бурдін, О.П. Горох, М. Кондра, В.О. Навроцький, Є.О. Письменський, Т.І. Пономарьова, О.О. Северин, А.О. Сілкова, М.І. Хавронюк, О.О. Ямкова, А.М. Ященко та ін. Незважаючи на законодавчу стабільність у цій сфері кримінально-правового регулювання, науковці апелюють до того, що необґрунтованим є передбачення єдиної системи примусових заходів виховного характеру для застосування щодо двох різних видів заходів кримінально-правового характеру, а саме у разі звільнення від кримінальної відповідальності й у разі звільнення від покарання, неоднозначно оцінюється сама система примусових заходів виховного характеру. Висловлюється також позиція про те, що вплив на неповнолітніх, котрі вчинили кримінальні правопорушення, слід вивести зі сфери дії кримінального права та регламентувати системою норм ювенального законодавства. З огляду на це слід констатувати актуальність і перспективність наукової розробки концепції примусових заходів виховного характеру.

У статті буде зроблено спробу визначити ознаки, якими слід характеризувати примусові заходи виховного характеру, котрі судом можуть бути застосовані щодо неповнолітніх, що і становитиме мету цієї публікації.

Виклад основних положень. Термін «примусові заходи виховного характеру» позбавлений законодавчої дефініції. Це значно ускладнює розуміння кримінально-правової природи таких заходів. Передбачення законодавчої дефініції примусових заходів виховного характеру дозволило б орієнтуватися на істотні ознаки, які би розкривали зміст цього терміна. З.А. Загінєй зазначає: «Наявність законодавчих дефініцій кримінально-правових понять є свідченням правової культури, виявом високого рівня нормотворчої техніки. Якщо не визначати понять у нормативно-правових актах, то це може призвести до неправильного з'ясування змісту кримінально-правової норми, волі законодавця, помилок і неоднозначностей у їх інтерпретації, неоднакового розуміння значення того чи іншого терміна різними особами» [2, с. 128].

Перелік примусових заходів виховного характеру вичерпно визначений у ч. 2 ст. 105 КК України. Їх можна віднести до кримінально-правових заходів, що мають змішаний характер, оскільки передбачуваною є можливість застосування цих заходів як у разі звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 97 КК України), так і у разі звільнення від покарання (ст. 105 КК України). Водночас слід звернути увагу на деякий винятковий характер застосування цих заходів. Мається на увазі передбачувано у ч. 2 ст. 97 КК України можливість для суду застосувати їх до особи, яка до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України.

Примусові заходи виховного характеру застосовуються до спеціальних суб'єктів, зокрема, це: 1) особа, котра до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України; 2) особа, яка є суб'єктом кримінального правопорушення і на момент його вчинення та на момент застосування примусових заходів виховного характеру була неповнолітньою, тобто не досягла вісімнадцятирічного віку.

Системний аналіз видів примусових заходів виховного характеру, сформульований у ч. 2 ст. 105 КК України, та порядку їх застосування не дозволяє визначитися із місцем цих заходів у системі кримінально-правового впливу. Примусові заходи виховного характеру не є покаранням. Водночас, незважаючи на те, що пряма вказівка у кримінальному законі відсутня, оскільки розділ XIV Загальної

частини КК України не містить цих заходів, більшість науковців підтримують віднесеність їх саме до цієї категорії. Інакшість примусових заходів виховного характеру, тобто альтернативний до покарання характер примусових заходів виховного характеру має визначатися змістом примусових обмежень прав і свобод неповнолітнього, що є відмінними від тих, які несе за собою покарання.

Сфера застосування примусових заходів виховного характеру є ширшою, ніж покарання, яке виступає формою реалізації кримінальної відповідальності. Реалізація примусових заходів виховного характеру здійснюється через кримінальну відповідальність (ст. 105 КК України), поза межами кримінальної відповідальності (ст. 97 КК України), а також регламентована можливість їх застосування щодо особи, котра до досягнення віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність, вчинила суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України. Остання форма застосування такого некарального заходу є надто суперечливою в контексті можливості реагувати на поведінку, яку немає підстав назвати кримінально-протиправною, системою заходів, що застосовуються до суб'єктів кримінальних правопорушень.

Примусові заходи виховного характеру застосовуються за рішенням суду. Ці заходи є публічно-правовою, державною оцінкою діяння, вчиненого неповнолітнім. Як справедливо відзначає О.О. Ямкова, застосування примусових заходів виховного характеру є правом, а не обов'язком суду. Суд не зв'язаний позицією неповнолітнього або його законних представників, а вирішує питання за наявності підстав та умов, передбачених (ст. 97 та 105 КК України) [3, с. 94]. А.М. Ященко вважає, що застосування цих заходів є діяльністю уповноважених органів чи осіб (суду, слідчого або прокурора) щодо прийняття та закріплення у відповідному процесуальному документі остаточного рішення про призначення, зміну, пом'якшення, продовження, припинення чи визначення регламентованих законом юридичних наслідків вчиненого злочинного чи зовні схожого на нього діяння або суспільно небезпечного діяння, передбаченого Особливою частиною КК України [4, с. 178–179].

У КК України мета примусових заходів виховного характеру теж не конкретизована. Під метою у кримінальному праві розуміється певний кінцевий результат застосування кримінального закону. Деякою мірою така прогалина заповнюється актом судового тлумачення. Так, відповідно до абз. 2 п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду України «Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру» від 15 травня 2006 р. № 2 метою застосування таких заходів має бути забезпечення інтересів неповнолітнього, які полягають в одержанні не тільки належного виховання, а й освіти, лікування, соціальної, психологічної допомоги, захисту від жорстокого поводження, адаптуватися до реалій суспільного життя, підвищити загальноосвітній і культурний рівень, набути професії та працевлаштуватися [4]. Це положення не позбавлене окремих недоліків. Зокрема, у ньому акцентується увага лише на виховному впливі. Взагалі не вказується про запобігання вчиненню в майбутньому кримінально-протиправних діянь. З огляду на це більш раціонально було би визначити, що примусові заходи виховного характеру мають із покаранням спільну превентивну частинку мети. Поділяючи таку позицію, слід все таки зауважити, що примусові заходи виховного характеру по-іншому домагаються досягнення такої мети, оскільки мають бути спрямовані більшою мірою на ресоціалізацію неповнолітнього. Пріоритетним напрямом їх застосування слід зробити психолого-педагогічний вплив, який має змінити свідомість неповнолітнього та викликати у нього бажання не порушувати надалі кримінальний закон.

Примусові заходи виховного характеру відіграють додаткову роль у питанні протидії злочинності неповнолітніх, оскільки їх застосування стає можливим лише у тому разі, коли суд дійде висновку, що виправлення неповнолітнього є можливим без реального відбування покарання. Як заходи кримінально-правового впливу розглядувані заходи містять державний примус, але у значно менш суворій формі, ніж покарання. У разі застосування більшості примусових заходів виховного характеру неповнолітні залишаються у звичній для себе сфері проживання та спілкування. Такі заходи, звісно, підкріплені погрозою примусу, але спрямовані на виправлення, ресоціалізацію та попередження вчинення неповнолітніми кримінальних правопорушень.

Розглядувані заходи за змістом є виховними, а за характером виконання – примусовими. Думається, що все ж первинним у цій конструкції заходів є примус. Певною мірою застосування примусових заходів виховного характеру є небажаним для неповнолітнього. А.М. Ященко пише, що державний примус зводиться до конкретного обсягу обмежень прав і свобод певного суб'єкта і виявляється, зокрема, у примусових заходах виховного характеру [6, с. 780]. Реалізація примусу щодо неповнолітнього зумовлює в нього почуття того, що він покараний. У цьому віці неповнолітні ще не мають чіткого уявлення, як розмежувати примусові заходи виховного характеру та покарання. Водночас у разі застосування окремих видів примусових заходів виховного характеру відбувається зміцнення акцентів від виховання до примусу. Особливо це яскраво виражено у процесі поміщення їх до спеціальних виховних установ соціальної реабілітації, які дуже часто називають «маленькими колоніями». Небажаними для застосування є примусові заходи, які надто схожі за обмеженнями до покарання, тобто до каральних заходів.

Звільнення від відбування покарання із застосуванням примусових заходів виховного характеру є формою реалізації кримінальної відповідальності. Верховний Суд у постанові від 05 грудня 2019 р. (справа № 754/5884/19) робить висновок про те, що у разі застосування цього заходу суд звільняє особу не від конкретного покарання, визначеного в санкції статті чи призначеного судом, а від його призначення як виду примусових заходів загалом [7]. В іншій постанові від 10 червня 2020 р. (справа № 161/7253/18) Верховний Суд акцентує увагу на тому, що «у разі засудження особи без призначення покарання один із найголовніших елементів реалізації кримінальної відповідальності – осуд особи, яка вчинила злочин, залишається і відображається в обвинувальному вирокі. Така форма реагування має важливе значення у протидії злочинності, оскільки достатньо часто досягнення цілей кримінально-правового впливу на вчинення нетяжкого злочину можливе без обмеження чи позбавлення особи, засудженої за вчинення злочину, певних прав чи можливостей. Більше того, призначення покарання в деяких випадках виступає неефективним засобом реагування на кримінальне правопорушення, таким, що, навпаки, шкодить процесам ресоціалізації засудженої особи, котра вчинила нетяжкий злочин. Також засудження без покарання за своєю соціальною значенні дозволяє заощаджувати заходи кримінальної репресії та стимулювати виправлення особи, яка вчинила злочин, сприяти її якнайшвидшому пристосуванню до вимог правопорядку, до норм соціальної поведінки» [8]. Таким чином, можна зробити висновок, що ті обмеження, які передбачають окремі види примусових заходів виховного характеру, виявляються ніби схованими за ширмою запобігання вчинення в майбутньому кримінальних правопорушень через виховний вплив. У контексті звільнення від покарання це ще пев-

ною мірою є допустимим. Умовний характер звільнення від кримінальної відповідальності із застосуванням примусових заходів виховного характеру, а також те, що у разі ухилення неповнолітнього від застосування цих заходів вони скасовуються судом і він притягується до кримінальної відповідальності, має надто суперечливу кримінально-правову природу.

Слід підтримати можливість диференціації примусових заходів виховного характеру залежно від заходів, у процесі реалізації яких вони будуть застосовуватися. Т.І. Пономарьова робить висновок про те, що «окремі примусові заходи виховного характеру, які є дієвими під час звільнення неповнолітніх від покарання, є занадто репресивними під час звільнення останніх від кримінальної відповідальності» [9, с. 7–8]. Схожої позиції дотримується В.М. Бурдін, котрий вважає, що передача неповнолітнього під нагляд батьків чи осіб, які їх замінюють, чи під нагляд педагогічного або трудового колективу за його згодою, а також окремих громадян на їхнє прохання можлива лише у разі звільнення неповнолітнього від кримінальної відповідальності [10, с. 85].

Зміст примусових заходів виховного характеру полягає у певних обмеженнях прав і свобод неповнолітнього, що залежить від виду такого заходу. Наприклад, обмеження дозвілля неповнолітнього полягає в обмеженні часу перебування за межами місця проживання, забороні виїзду в інше місце тощо. Держава відмовляється від реалізації щодо таких осіб основного засобу кримінально-правового впливу, тобто кримінальної відповідальності, заохочуючи тим самим особу до правослухняної поведінки у майбутньому, але, оскільки звільнення від кримінальної відповідальності (ст. 97 КК України) та звільнення від покарання (ст. 105 КК України) є факультативними заходами кримінально-правового характеру, то застосовувані обмеження прав і свобод є своєрідним додатковим забезпечувальним заходом для того, щоб неповнолітній не схилився в майбутньому до порушення кримінально-правових заборон.

На підставі визначених ознак можна запропонувати таку законодавчу дефініцію: примусові заходи виховного характеру – це передбачені КК України інші заходи кримінально-правового характеру, що є альтернативою покарання, змістом яких є певні обмеження прав і свобод неповнолітнього, котрий вчинив кримінальне правопорушення або суспільно небезпечне діяння, що підпадає під ознаки діяння, передбаченого Особливою частиною КК України, які мають на меті виправлення цих осіб і запобігання вчиненню кримінальних правопорушень.

Висновки. Застосування примусових заходів виховного характеру характеризується цілою низкою проблемних і дискусійних аспектів. Цьому, найперше, сприяє відсутність законодавчої дефініції цього терміна у кримінальному законі. Слід погодитися з тим, що в контексті реагування на порушення неповнолітніми кримінально-правових заборон дуже важливо дотриматися розумних меж впливу. Оскільки ці заходи є примусовими, то мають бути зрозумілими і для самих неповнолітніх правопорушників. Жодним чином не можна допустити, щоб застосовувані до них примусові заходи виховного характеру за змістом прав та обмежень були наближені до покарання. Для цього потрібно чітко диференціювати розглядувані заходи залежно від можливості їх призначення у разі звільнення від кримінальної відповідальності чи звільнення від покарання. Слід пам'ятати, що неповнолітні правопорушники – це дуже уразлива верства суспільства. Від того, наскільки виваженим буде підхід до виправлення цієї категорії осіб через застосування каральних та / або заохочувальних заходів, залежатиме майбутнє держави!

ЛІТЕРАТУРА

1. Мінімальні стандартні правила ООН, що стосуються відправлення правосуддя щодо неповнолітніх («Пекінські правила») від 29 листопада 1985 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_211 (дата звернення: 27.03.2021).

2. Загіней З.А. Герменевтика кримінального закону України : дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2016. 636 с.
3. Ямкова О.О. Примусові заходи виховного характеру: правова природа і види : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2003. 213 с.
4. Яценко А.М. Застосування примусових заходів виховного характеру: теоретичний аспект. *Право і суспільство*. 2014. № 1. С. 182–188.
5. Про практику розгляду судами справ про застосування примусових заходів виховного характеру : Постанова Пленуму Верховного Суду України від 15 травня 2006 р. № 2 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0002700-06#Text> (дата звернення: 27.03.2021).
6. Яценко А.М. Заходи кримінально-правового характеру: поняття, зміст і сутність. *Форум права*. 2013. № 3. С. 775–783. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2013_3_127.pdf.
7. Постанова Верховного Суду від 05 грудня 2019 р. у справі № 754/5884/19 (провадження № 51-4476км19) / Єдиний державний реєстр судових рішень URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86206190> (дата звернення: 27.03.2021).
8. Постанова Верховного Суду від 10 червня 2020 р. у справі № 161/7253/18 (провадження № 51-2615 км 19) URL: <https://verdictum.ligazakon.net/document/89977675> (дата звернення: 12.03.2021)
9. Пономарьова Т.І. Звільнення неповнолітніх від покарання та його відбування в Україні та Польщі: порівняльний аналіз : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одеса, 2016. 21 с.
10. Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2001. 225 с.

ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ ІЗ ВИПРОБУВАННЯМ ЗА ВЧИНЕННЯ ТЯЖКИХ ТА ОСОБЛИВО ТЯЖКИХ ЗЛОЧИНІВ: ПИТАННЯ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОЇ ДОЦІЛЬНОСТІ

RELEASE FROM SERVICE OF SENTENCE WITH TRIAL FOR COMMITTING FELONY AND PARTICULARLY SERIOUS CRIME: ISSUES OF CRIMINAL LAW

Парасюк Н.М., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінально-правових дисциплін

*Інститут права
Львівського державного університету внутрішніх справ*

Застосування за вчинення кримінальних правопорушень комплексу примусових і заохочувальних заходів є важливою гарантією забезпечення реалізації завдань кримінального закону. У цій статті акцентується увага на тому, що законодавча конструкція заохочувальної норми, яка передбачає підстави й умови звільнення від відбування покарання з випробуванням, спотворює процес гуманізації кримінальної відповідальності. Аналіз судової практики дозволяє констатувати надмірну реалізацію заохочувального впливу, особливо щодо вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Градус напруги підсилюється ще й тим, що розглядуваний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням не належить до імперативних (обов'язкових) видів заохочення. У кожному конкретному випадку суд має переконати суспільство у тому, що ухвалені рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням узгоджуються із принципом гуманізму, і дійсно виправлення засудженого є можливим без відбування покарання. Констатовано, що чинна редакція ст. 75 Кримінального кодексу України передбачає надто широкі межі для суддівського угляду. На підставі системного аналізу законодавчо передбачуваних винятків для застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням зроблено висновок про відсутність єдиних підходів до можливості застосувати заохочення. В одних випадках наявна заборона на звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення кримінального проступку, а в інших випадках визнається обґрунтованим звільнення і за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Запропоновано підвищити тривалість іспитового строку для осіб засуджених за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, а також обмежити можливість звільнення від відбування покарання з випробуванням для осіб, котрі вчинили нове кримінальне правопорушення під час іспитового строку, а також для тих осіб, які були раніше засуджені за вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Ключові слова: покарання, примус, кримінальна відповідальність, заохочення, звільнення від відбування покарання з випробуванням, кримінальний проступок, нетяжкий злочин, тяжкий злочин, особливо тяжкий злочин, ступінь тяжкості кримінального правопорушення, іспитовий строк.

The use of a set of coercive and incentive measures for committing criminal offenses is an important guarantee of ensuring the implementation of the tasks of the criminal law. This article emphasizes that the legislative structure of the incentive norm, which provides for the grounds and conditions of release from probation, distorts the process of humanization of criminal liability. The analysis of judicial practice allows to state the excessive implementation of the incentive influence, especially in relation to the commission of serious and especially serious crimes. The degree of stress is further exacerbated by the fact that this type of release from probation does not belong to the mandatory (mandatory) types of incentives. In each case, the court must convince the public that the decision to release from probation is in line with the principle of humanism and, indeed, the correction of a convict is possible without serving a sentence. It was stated that the current version of Article 75 of the Criminal Code of Ukraine provides too wide limits for judicial review. Based on a systematic analysis of statutory exceptions for probation, it is concluded that there are no uniform approaches to the possibility of applying incentives. In some cases, there is a ban on release from serving a sentence with probation for committing a criminal offense, and in other cases, dismissal for committing serious and especially serious crimes is considered justified. It is proposed to increase the length of probation for persons convicted of serious and especially serious crimes, as well as to limit the possibility of release from probation for persons who committed a new criminal offense during the probation period, as well as for those who were previously convicted of committing a serious or especially serious crime.

Key words: punishment, coercion, criminal liability, incentives, release from serving a probation sentence, criminal offense, petty offense, felony, particularly serious crime, severity of the criminal offense, probation.

Постановка проблеми. Покарання є класичною формою реалізації кримінальної відповідальності, пов'язаною з осудом засудженої особи. Водночас за останні два десятиріччя констатується суттєве скорочення практики застосування покарання, дедалі частіше застосовуються різноманітні заохочувальні заходи. Безумовно, це слід визнати одним із проявів активної гуманізації кримінально-правового впливу. Витоки цього принципу закріплені у міжнародних нормативних актах. П. 2.3. Мінімальних стандартних правил ООН щодо заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням (Токійських правил), від 14 грудня 1990 р. передбачено, що для забезпечення більшої гнучкості відповідно до характеру і ступеня тяжкості правопорушення, особистості та біографії правопорушника, а також інтересів захисту суспільства, щоб уникнути невинуватого застосування тюремного ув'язнення, система кримінального правосуддя повинна передбачати широкий вибір заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням, від досудових до позасудових заходів [1].

Окремий вектор цього процесу схиляється до звільнення від відбування покарання із випробуванням, що передбачено окремими статтями розділів XII та XV Загальної частини КК України. Про роль цього заохочувального

заходу у системі кримінально-правового впливу можна зробити висновки, аналізуючи дані судової статистики.

Місцеві загальні суди звільнили від відбування покарання з випробуванням [2–4]:

– у 2017 р. – 29,4 тис. осіб, або 38,3% у загальній кількості звільнених від покарання та його відбування, у т. ч. за вчинення тяжких злочинів звільнено від відбування покарання з випробуванням 14,1 тис. засуджених, або 47,8% від загальної кількості звільнених із випробуванням осіб, а за особливо тяжкі – 105 осіб, або 0,4%;

– у 2018 р. – 28,1 тис. осіб, або 38,1% у загальній кількості звільнених від покарання та його відбування, у т. ч. за вчинення тяжких злочинів звільнено від відбування покарання з випробуванням 13,7 тис. засуджених, або 48,9% від загальної кількості звільнених із випробуванням осіб, а за особливо тяжкі – 134 особи, або 0,5%;

– у 2019 р. – 26,7 тис. осіб, або 38% у загальній кількості звільнених від покарання та його відбування, у т. ч. за вчинення тяжких злочинів звільнено від відбування покарання з випробуванням 12,9 тис. засуджених, або 48,2% від загальної кількості звільнених із випробуванням осіб, а за особливо тяжкі – 133 особи, або 0,5%.

Звільнення від відбування покарання з випробуванням щорічно представлене стабільно високим показником у загальній кількості випадків звільнення від покарання та його відбування. Особливо привертає увагу той факт, що у структурі звільнених від відбування покарання з випробуванням близько 50% становлять випадки звільнення засуджених за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. З огляду на це суперечливою є кримінально-правова природа цього виду звільнення в контексті, зокрема, можливості встановити виправність осіб, засуджених за вчинення найбільш тяжких видів кримінальних правопорушень, протягом встановленого у кримінальному законі іспитового строку. У зв'язку з цим потребують теоретичного опрацювання проблемні аспекти визначення підстав та умов цього виду звільнення, порядку його застосування та можливості диференціювати ці передумови залежно від ступеня тяжкості злочину, за вчинення якого засуджена особа.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Теоретичні розробки цієї сфери кримінально-правового регулювання проводили О.П. Горох, О.О. Книженко, А.О. Клевцов, Є.О. Письменський, Ю.А. Пономаренко та ін. Водночас перспективним напрямом для дослідження цієї сфери кримінально-правових відносин є встановлення придатності законодавчої конструкції звільнення від відбування покарання з випробуванням для запобігання вчиненню кримінальних правопорушень різного ступеня тяжкості.

Метою наукової розвідки є кримінально-правова оцінка доцільності застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів.

Виклад основних положень. Репресивний характер покарання як основної форми реалізації кримінальної відповідальності зумовлюється першочерговою метою, а саме карою, яка є відплатою за вчинене кримінальне правопорушення. Превентивна роль покарання є другою. Ю.А. Пономаренко справедливо відзначає, що «кара є не кінцевою, а проміжною метою кримінальної відповідальності – через неї досягається віддалена й остаточна мета як цього правового засобу, так і усього кримінального права загалом – запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень» [5, с. 15]. Звільнення від відбування покарання з випробуванням як одна із форм реалізації кримінальної відповідальності, на відміну від осуду у виді призначення покарання та реального його відбування, забезпечує виконання запобіжної функції, але уже заохочувальними заходами. Висловлюючи вотум довіри, держава, якщо вбачає можливість виправлення засудженого без відбування покарання, дає ще один шанс засудженій особі для переосмислення своєї поведінки та стимулювання до законослухняного способу життя.

Звільнення від відбування покарання з випробуванням є факультативним та умовним заходом кримінально-правового характеру. Окрім цього, розглядуваний захід є додатком до основної форми примусу. Звідси виправданим буде назвати звільнення від відбування покарання певним винятковим заходом, який має застосовувати лише у випадках, коли обставини у сукупності дозволяють констатувати зміну суспільної небезпеки засудженої особи. Під час вчинення кримінального правопорушення особа набуває найбільшого ступеня суспільної небезпеки. Подальша посткримінальна поведінка може свідчити про позитивну динаміку змін, що відбулися після переосмислення кримінально-протиправного вчинку, однак висновок про відмову реального застосування покарання лише на підставі характеристик особи після вчинення кримінального правопорушення є необґрунтованим. З огляду на це законодавчу конструкцію звільнення від відбування покарання з випробуванням утворює сукупність встановлених підстав та умов.

Сьогодні серед науковців немає єдності поглядів щодо того, наскільки визначені у кримінальному законі передумови

дозволяють об'єктивно відобразити заохочувальний характер цього виду звільнення від відбування покарання. Як зазначає Ю.А. Пономаренко, випробування щодо осіб, звільнених від покарання, застосовується частіше за будь-який окремо взятий вид покарання [5, с. 17]. У контексті цієї розвідки хочеться з'ясувати, наскільки гуманним можна назвати відсутність законодавчої диференціації можливості застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням залежно від ступеня тяжкості кримінального правопорушення, за вчинення якого засуджена особа.

Формулювання умов для звільнення від відбування покарання з випробуванням має змішаний характер. У диспозиції ч. 1 ст. 75 КК України констатовано види покарань, призначення яких дозволяє ставити питання про заохочення, а саме: виправні роботи, службові обмеження для військовослужбовців, обмеження волі, а також позбавлення волі на строк не більше п'яти років. Окрім цього, розглядувана норма містить вказівку на два законодавчі винятки, якими є засудження за корупційне кримінальне правопорушення та порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, котрі керували транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебували під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції.

Щодо першого винятку, то термін «корупційне кримінальне правопорушення» є збірним поняттям, обсяг якого утворюють чисто корупційні кримінальні правопорушення та кримінальні правопорушення, котрі належать до цієї категорії з огляду на те, що вчиняються шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем. Системний аналіз санкцій статей, які є мірилом ступеня тяжкості кримінального правопорушення, дозволяє констатувати таке співвідношення видів кримінальних правопорушень у категорії «корупційні кримінальні правопорушення»: 1) 1 кримінальний проступок (ч. 1 ст. 357 КК України); 2) 22 нетяжкі злочини (ч. 2 ст. 191, ч. 1 ст. 210, ч. 2 ст. 320, ч. 2 ст. 357, ч. 1–4 ст. 354, ч. 1 ст. 364, ч. 1 ст. 364-1, ч. 1, 2 ст. 365-2, ч. 1 ст. 368, ч. 1–3 ст. 368-3, ч. 1–3 ст. 368-4, ч. 1 ст. 369, ч. 1, 2 ст. 369-2 КК України); 3) 20 тяжких злочинів (ч. 3, 4 ст. 191, ч. 2 ст. 262, ч. 2 ст. 308, ч. 2 ст. 312, ч. 2 ст. 313, ч. 2 ст. 410, ч. 2 ст. 210, ч. 2 ст. 364, ч. 2 ст. 364-1, ч. 3 ст. 365-2, ч. 2, 3 ст. 368, ч. 4 ст. 368-3, ч. 4 ст. 368-4, ст. 368-5, ч. 2–4 ст. 369, ч. 3 ст. 369-2 КК України); 4) 8 особливо тяжких злочинів (ч. 5 ст. 191, ч. 3 ст. 262, ч. 3 ст. 308, ч. 3 ст. 312, ч. 3 ст. 313, ч. 3, 4 ст. 410, ч. 4 ст. 368 КК України).

Насамперед доцільно акцентувати увагу на наявній непослідовності законодавця щодо формулювання кримінально-правового впливу. Так, у п. 2-1 ч. 1 ст. 89 КК України зазначається, що особи, засуджені за вчинення кримінального проступку, визнаються такими, які не мають судимості, після відбуття покарання. Передумовою для такого зазначення є те, що суспільна небезпека вчиненого кримінального проступку є незначною, тому кримінально-правові наслідки такого кримінального правопорушення погашаються фактом відбуття покарання, тоді як відповідно до інших кримінально-правових норм особи, котрі вчинили корупційні кримінальні проступки, прирівнюються за ступенем небезпеки до осіб, які вчинили злочини, та позбавлені права клопотати про звільнення від відбування покарання з випробуванням. Така можливість може з'явитися у розглядуваної категорії осіб, якщо відповідно до ч. 2 ст. 75 КК України їх звільнення від відбування покарання з випробуванням закріплено в угоді про визнання винуватості. Хоча й це положення є суперечливим у науці кримінального права. Спрямування заохочувального вектору у бік осіб, котрі вчинили корупційні кримінальні правопорушення, Є.О. Письменський та О.П. Горох вбачають за доцільне дозволити лише щодо тих осіб, які активно сприяли провадженню кримінального провадження щодо себе або інших

осіб задля досягнення більш значущої суспільно корисної мети, пов'язаної із виявленням нових кримінальних правопорушень, їхнім припиненням або запобіганням [6, с. 302], однак така позиція враховує лише посткримінальну характеристику особи, але ігнорує законодавчо встановлену межу караності, передумовою якої є констатація певного ступеня тяжкості кримінального правопорушення. Ступінь тяжкості вчиненого діяння також відображається у загальному показнику суспільної небезпеки самої засудженої особи. Тому, знову ж таки, наполягаю на диференційованому підході щодо визначення можливості для звільнення від відбування покарання з випробуванням. Зауважу також, що всі корупційні кримінальні правопорушення за формою вини є умисними.

Наступний виняток, щодо якого є пряма заборона на звільнення – це порушення правил безпеки дорожнього руху або експлуатації транспорту особами, котрі керували транспортними засобами у стані алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння або перебували під впливом лікарських препаратів, що знижують увагу та швидкість реакції. Відповідальність за вказане діяння передбачене ст. 286-1 КК України, яка складається із чотирьох частин. Залежно від ступеня тяжкості у структурі розглядуваної статті є 1 нетяжкий злочин (ч. 1 ст. 286-1 КК України), 2 тяжкі злочини (ч. 2, 3 ст. 286-1 КК України) й 1 особливо тяжкий злочин (ч. 4 ст. 286 КК України). Суб'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 286-1 КК України, є складною, що виражається в умисному ставленні до кримінально-протиправного діяння та необережністю щодо наслідків. Зазвичай такі кримінальні правопорушення відносять до категорії необережних.

Отож, із системного тлумачення змісту ч. 1 ст. 75 КК України можна зробити висновок, що заборона на застосування звільнення від відбування покарання з випробування щодо окремих тяжких та особливо тяжких злочинів все ж існує. Вона не залежить від строку чи розміру призначеного покарання, тобто є абсолютною.

Окремо слід зупинитися на визначенні змісту підстав для звільнення від відбування покарання із випробуванням. Можливо, саме у процесі їх урахування суди беруть до уваги ступінь тяжкості вчиненого кримінального правопорушення. Суди мотивують свої рішення про застосування звільнення від відбування покарання врахуванням тяжкості кримінального правопорушення, особи винного та інших обставин справи. Таке формулювання не надто відповідає принципу юридичної визначеності термінології кримінального закону. Цьому не сприяє оціночність використовуваних понять, а також відкритий перелік таких обставин. Все це створює занадто широкі можливості для суддівського угляду. Можливо, це і є однією із причин такої масовості постановлення обвинувальних вироків зі звільненням від відбування покарання з випробуванням.

Водночас рішення суду про звільнення засудженого від відбування покарання з випробуванням має бути належним чином мотивованим. Врахування тяжкості вчиненого кримінального правопорушення не може бути проведено без встановлення відповідності його до одного із видів кримінальних правопорушень, які передбачено законодавчою класифікацією згідно зі ст. 12 КК України, однак визначення категорії кримінального правопорушення у цьому процесі є дуже номінальним. Підставою для звільнення від відбування покарання відповідно до ст. 75 КК України є призначення певних видів покарання. Санкція статті, яка передбачає вчинене кримінальне правопорушення, може містити декілька основних альтернативних покарань, із яких суд обирає необхідне та достатнє для виправлення особи та попередження вчинення нею кримінальних правопорушень у майбутньому. Суд не обмежений лише найбільш суворим видом покарання, передбаченим у санкції статті, яке впливає на визначення ступеня тяжкості кримінального правопорушення. Тобто

за вчинення тяжкого злочину, наприклад, суд цілком може призначити покарання у виді п'яти років позбавлення волі. Це стає можливим шляхом врахування під час призначення покарання як загальних, так і спеціальних засад, передбачених у кримінальному законі, однак призначення покарання у такому виді та строку не змінює його категорію відповідно до тої, яка визначена у ст. 12 КК України. Саме тому не підтримується позиція про те, що, якщо в санкції статті Особливої частини КК України передбачено покарання у виді позбавлення волі в розмірах, що одночасно стосуються різних категорій злочинів, питання про категорію вчиненого злочину має вирішуватися, виходячи з розміру призначеного судом покарання [7, с. 239]. Прерогативою визначати ступінь тяжкості кримінального правопорушення має бути наділений законодавець, а не суд. Відповідно до ч. 3 ст. 3 КК України кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом. Якщо суд вважає за доцільне призначити покарання найменш суворе з тих, які альтернативно визначені у санкції статті, або призначити його у нижній межі, яка тут встановлена, то це не означає, що слід ігнорувати інші кримінально-правові наслідки, пов'язані із кримінальним правопорушенням встановленого ступеня тяжкості.

Окрім законодавчо встановленого ступеня тяжкості кримінального правопорушення, акт правозастосовного тлумачення орієнтує суди враховувати індивідуальний ступінь тяжкості кримінального правопорушення й обставини його вчинення – форму вини, мотив і мету, спосіб, стадію вчинення, кількість епізодів злочинної діяльності, роль кожного зі співучасників, характер і ступінь наслідків, що настали, тощо [8]. Проведений аналіз деяких судових рішень щодо звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів дозволяє зробити висновок, що суди не надто ретельно переймаються питанням врахування ступеня тяжкості вчиненого злочину саме щодо можливості застосування заохочувального заходу. Такі обставини в обвинувальних вироків вважаються встановленими у процесі призначення покарання й окремо під час вирішення питання про звільнення не обговорюються. Схожого висновку дійшов О.П. Горох, котрий зазначає, що «суди перших інстанцій у мотивувальних частинах рішень про застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням за тяжкі корисливі злочини проти власності обмежуються лише формальною вказівкою на те, що вони врахували «ступінь тяжкості вчиненого злочину». Суди зазвичай не пояснюють у рішеннях, які саме обставини характеризують індивідуальний ступінь тяжкості вчиненого злочину, як вони вплинули на прийняте рішення» [9, с. 86].

Редакцію ч. 1 ст. 75 КК України слід розуміти таким чином, що прийняття рішення про звільнення від відбування покарання з випробуванням – це індивідуальний процес, який має відбуватися за встановленими правилами окремо від процесу призначення покарання. Так, засудженому може бути призначено покарання, наприклад, за нижньою межею позбавлення волі на певний строк, але це може бути особливо тяжкий злочин, у зв'язку з чим слід ретельно обмірковувати доцільність застосування звільнення. Підстави, передбачені ч. 1 ст. 75 КК України, мають бути враховані комплексно, тому врахування ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення слід поєднувати з ознаками, які характеризують особу винного, та іншими обставинами справи. І хоча кримінальне законодавство не обмежує суд у повторному застосуванні звільнення від відбування покарання з випробуванням особи, котра вчинила нове кримінальне правопорушення після звільнення від призначеного покарання, все ж це не є керівництвом до дії в кожному конкретному випадку.

Зроблений вище висновок про те, що фактично у кримінальному законі встановлено обмеження на засто-

сування звільнення від відбування покарання з випробуванням не лише за вчинення злочинів, але і кримінальних проступків, то слід дещо звужити рамки судового угляду щодо безпрецедентного застосування цього заохочувального заходу у разі засудження за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Думається, що врегулювати цю ситуацію можна лише законодавчим шляхом:

– встановити, що для осіб, засуджених за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів, іспитовий строк становитиме п'ять років;

– обмежити можливість застосування звільнення від відбування покарання з випробуванням для осіб, які вчинили нове кримінальне правопорушення під час іспитового строку, а також для тих осіб, котрі були раніше засуджені за вчинення тяжкого чи особливо тяжкого злочину.

Висновки. Передбачення у кримінальному законі поряд із покаранням заохочувальних заходів спрямоване на виконання спільного завдання забезпечення охорони прав і свобод людини та інших правоохоронюваних інтересів,

а також попередження вчинення кримінальних правопорушень. Застосування кожного із цих заходів слід підпорядковувати чітко встановленому порядку. Жодним чином не має відбуватися підміна одного заходу іншим. Проведена наукова розвідка дозволила констатувати, що законодавчі межі для звільнення від відбування покарання з випробуванням є надто широкими, що не відповідає завданням кримінального закону. В одних випадках встановлена чітка заборона щодо застосування заохочувальних заходів до осіб, засуджених за кримінальні проступки та злочини, в інших – необґрунтовано без урахування ступеня тяжкості вчиненого кримінального правопорушення приймаються тисячі судових рішень про звільнення від відбування покарання з випробуванням за вчинення тяжких та особливо тяжких злочинів. Це створює у суспільстві загальне почуття безкарності та нівелює значення кримінальної відповідальності як основного заходу кримінально-правового впливу. Законодавча конструкція звільнення від відбування покарання з випробуванням потребує змін!

ЛІТЕРАТУРА

1. Мінімальні стандартні правила ООН щодо заходів, не пов'язаних із тюремним ув'язненням (Токійські правила) від 14 грудня 1990 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_907#Text (дата звернення: 21.04.2021).
2. Аналіз стану здійснення судочинства судами кримінальної юрисдикції у 2017 р. / Відділ аналізу судової статистики судів кримінальної юрисдикції правового управління (III) департаменту аналітичної та правової роботи Верховного Суду / Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/Analiz_krum_sud_2017.pdf (дата звернення: 21.04.2021).
3. Аналіз здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення у 2018 р. / Відділ аналізу статистики у кримінальних справах правового управління (III) департаменту аналітичної та правової роботи Верховного Суду / Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_statistika_kriminal_2018.pdf (дата звернення: 21.04.2021).
4. Аналіз стану здійснення правосуддя у кримінальних провадженнях та справах про адміністративні правопорушення у 2019 р. / Опрацьовано статистичні дані Державної судової адміністрації України, Генеральної прокуратури України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства юстиції України, Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду / Верховний Суд. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/Analiz_Krumin_sudu_pravoporog_2019.pdf (дата звернення: 21.04.2021).
5. Пономаренко Ю.А. Загальна теорія визначення караності кримінальних правопорушень : автореф. дис. ... докт. юрид. наук : 12.00.08. Харків, 2021. 47 с.
6. Письменський Є.О., Горох О.П. Про напрями сучасного реформування кримінального законодавства України у сфері звільнення від покарання. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України* : матеріали міжнар. конф., м. Харків, 17–19 жовтня 2019 р. / редкол. : В.Я. Тацій, А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків : Право, 2019. С. 297–304.
7. Киричко В.М. Категорія «суспільна небезпечність» в новій редакції Кримінального кодексу України. *Концептуальні засади нової редакції Кримінального кодексу України* : матеріали міжнар. конф., м. Харків, 17–19 жовтня 2019 р. / редкол. : В.Я. Тацій, А.П. Гетьман, Ю.В. Баулін та ін. Харків : Право, 2019. С. 235–239.
8. Про практику призначення судами кримінального покарання: Постанова Пленуму Верховного Суду України від 24 жовтня 2003 р. № 7 / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0007700-03#Text> (дата звернення: 21.04.2021).
9. Горох О.П. Звільнення від відбування покарання з випробуванням за тяжкі корисливі злочини проти власності: проблеми судової практики. *Наукові записки НаУКМА. Юридичні науки*. 2018. Т. 1. С. 84–91.

ВИДИ НАСИЛЬНИЦЬКИХ ЗЛОЧИНІВ ПРОТИ ВЛАСНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОМ УКРАЇНИ ТА РЕСПУБЛІКИ ПОЛЬЩА

TYPES OF VIOLENT CRIMES AGAINST PROPERTY AGAINST PROPERTY ACCORDING TO THE CRIMINAL LAW OF UKRAINE AND TO THE CRIMINAL LAW OF THE REPUBLIC OF POLAND

Повалена М.В., к.ю.н.,
доцент кафедри теорії права, конституційного та приватного права
Львівський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена визначенню видів насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом України та Республіки Польща. У статті із застосуванням порівняльного методу аналізуються склади злочинів проти власності, передбачені Кримінальними кодексами України та Республіки Польща. Досліджуються окремі проблемні питання, пов'язані із цією тематикою, та пропонуються способи їх вирішення.

Визначено, що насильницькими злочинами проти власності варто вважати суспільно небезпечні, протиправні, винні кримінально карані діяння, що посягають насамперед на суспільні відносини власності, а також на тілесну чи психічну недоторканість особи або її здоров'я шляхом завдання винною особою фізичного чи психічного насильства.

У результаті проведеного аналізу положень Кримінального кодексу України та Кримінального кодексу Республіки Польща встановлено, що до насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом України варто віднести грабiж (стаття 186 Кримінального кодексу України), розбій (стаття 187 Кримінального кодексу України), вимагання (стаття 189 Кримінального кодексу України), погроза знищення майна (стаття 195 Кримінального кодексу України), а до насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом Республіки Польща такі: розбій (артикул 280 Кримінального кодексу Республіки Польща), розбійна крадіжка (*kradzież rozbójnicza*) (артикул 281 Кримінального кодексу Республіки Польща), розбійне вимагання (*wymuszenie rozbójnicze*) (артикул 282 Кримінального кодексу Республіки Польща), угон транспортного засобу (артикул 289 Кримінального кодексу Республіки Польща).

Проведено класифікацію насильницьких злочинів проти власності, яку можна застосувати до зазначених складів злочинів за кримінальним правом України та Республіки Польща.

Ключові слова: кримінальне право України, Кримінальний кодекс Республіки Польща, насильство, види, власність, злочини проти власності, погроза, грабiж, розбій, вимагання, погроза знищення майна, розбійна крадіжка, розбійне вимагання.

The article is dedicated to the definition of types of violent crimes against property under the criminal law of Ukraine and the Republic of Poland. Using the method of comparison the article analyzes crimes against property prescribed by the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of the Republic of Poland. Separate problematic issues, connected with the subject under study are investigated and methods of their solving are introduced.

It is found that according to both the Ukrainian and Polish criminal laws violent crimes against property should be considered intentional, illegal, penal, socially dangerous acts which first of all are intended to violate social relations of property, as well as bodily and psychological integrity or health of a person as a result of physical or psychological violence committed by a guilty person.

After analyzing the provisions of the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Code of the Republic of Poland, it was established that robbery (Article 186 of the Criminal Code of Ukraine), brigandage (Article 187 of the Criminal Code of Ukraine), extortion (Article 189 of the Criminal Code of Ukraine) should be applied to violent crimes against property, threat of reduction of property (Article 195 of the Criminal Code of Ukraine), and to violent crimes against property under the criminal law of the Republic of Poland – brigandage (Article 280 of the Criminal Code of the Republic of Poland), robbery (theft of a robber) (Article 281 of the Criminal Code), robbery extortion (*wymuszenie rozbójnicze*) (art. 282 of the Criminal Code of the Republic of Poland) and the vehicle contract (art. 289 of the Criminal Code of the Republic of Poland).

The classification of violent crimes against property, which can be applied to these crimes for the criminal law of Ukraine and the criminal law of the Republic of Poland.

Key words: criminal law of Ukraine, Criminal Code of Republic of Poland, violence, types, property, crimes against property, threat, robbery, brigandage, extortion, threat of destruction of property, robbery theft, robbery extortion.

Насильство є способом учинення низки злочинів проти власності, передбачених Кримінальним кодексом України та Кримінальним кодексом Республіки Польща. У зв'язку з входженням Республіки Польща до Європейського Союзу її законодавство було узгоджене з європейськими стандартами. На шляху України до Європейського Союзу цей досвід цінний у плані можливого вдосконалення чинного українського кримінального законодавства. З'ясування того, які саме злочини проти власності мають насильницький характер, має велике практичне значення як для законотворчої, так і для правозастосовальної діяльності.

Метою статті є визначення видів насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом України та Республіки Польща.

Відповідно до ст. 41 Конституції України кожен має право володіти, користуватися і розпоряджатися своєю власністю, результатами своєї інтелектуальної, творчої діяльності. Ніхто не може бути протиправно позбавлений права власності. Конфіскація майна може бути застосована виключно за рішенням суду у випадках, обсязі та порядку, встановлених законом. Використання власності не може завдавати шкоди правам і свободам та гідності громадян,

інтересам суспільства, погіршувати екологічну ситуацію і природні якості землі.

Як і в Україні, у Республіці Польща однаково охороняються всі форми власності. Це положення закріплено конституційно. Відповідно до ч. 2 ст. 64 Конституції Республіки Польща, власність, інші майнові права, а також спадкове право підлягають однаковій для всіх охороні.

Характерною ознакою всіх насильницьких злочинів проти власності є те, що їхня злочинна мета досягається шляхом застосування фізичного або психічного насильства. Звідси випливає, що, крім суспільних відносин власності, дані злочини посягають на тілесну або психічну недоторканість особи, а також на її здоров'я. Тобто додатковим об'єктом злочинів даного виду є тілесна, психічна недоторканість особи, а також її здоров'я, оскільки насильство завжди посягає на ці цінності.

Отже, насильницькими злочинами проти власності варто вважати суспільно небезпечні, протиправні, винні кримінально карані діяння, що посягають насамперед на суспільні відносини власності, а також на тілесну чи психічну недоторканість особи або її здоров'я шляхом завдання винною особою фізичного чи психічного насильства. Таке

визначення характерне як для кримінального права України, так і для кримінального права Республіки Польща.

У результаті проведеного аналізу положень Кримінального кодексу України (далі – КК України) встановлено, що у кримінальному праві насильницькими злочинами проти власності варто визнати грабіж (ст. 186 КК України), розбій (ст. 187 КК України), вимагання (ст. 189 КК України), погрозу знищення майна (ст. 195 КК України).

КК України визначає грабіж як відрите викрадення чужого майна. Грабіж може бути вчинений без застосування насильства (ч. 1 ст. 186 КК України), а також із застосуванням насильства, що не є небезпечним для життя і здоров'я, або з погрозою застосування такого насильства (ч. 2 ст. 186 КК України). Варто зазначити, що в разі скоєння грабежу насильство не є необхідною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Насильство під час учинення грабежу є способом учинення злочину, який, у свою чергу, є кваліфікуючою ознакою (ч. 2 ст. 186 КК України). Водночас склад даного злочину утворює не лише саме насильство, що не є небезпечним для життя чи здоров'я, чи погроза його застосування, а бажання винного заволодіти майном за допомогою насильства. Тому, зважаючи на суб'єктивну спрямованість дій винного, грабіж міститься в розділі «Злочини проти власності», а не в розділі «Злочини проти життя та здоров'я особи». Фізичне насильство під час учинення насильницького грабежу є способом заволодіння або утримання майна і, відповідно до п. 5 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» [1], під насильством, що не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого в разі грабежу, варто розуміти умисне завдання легкого тілесного ушкодження, що не спричинило короточасного розладу здоров'я або незначної втрати працездатності, а також учинення інших насильницьких дій (завдання удару, побиттів, незаконне позбавлення волі) за умови, що вони не були небезпечними для життя чи здоров'я в момент завдання. У разі грабежу (ч. 2 ст. 186 КК України) законодавець безпосередньо вказує в диспозиції статті на насильство як на спосіб учинення цього злочину.

На відміну від грабежу, у разі вчинення розбою насильство (фізичне чи психічне) є конститутивною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Водночас ознакою розбою є не будь-яке насильство, а небезпечне для життя та здоров'я. Відповідно до п. 9 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» [1], небезпечне для життя чи здоров'я насильство – це умисне завдання потерпілому легкого тілесного ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або незначну втрату працездатності, середньої тяжкості або тяжке тілесне ушкодження, а також інші насильницькі дії, які не призвели до вказаних наслідків, але були небезпечними для життя чи здоров'я в момент їх завдання. До них варто відносити, зокрема, і насильство, що призвело до втрати свідомості чи мало характер мордування, придушення за шию, скидання з висоти, застосування електроструму, зброї, спеціальних знарядь тощо. Відповідно до п. 12 цієї ж постанови [1], психічне насильство в разі розбою полягає в погрозі негайно застосувати фізичне насильство, небезпечне для життя чи здоров'я особи, яка зазнала нападу (погроза вбити, завдати тяжкого або середньої тяжкості тілесного ушкодження чи легкого тілесного ушкодження, що спричинило короточасний розлад здоров'я або короточасну втрату працездатності). Погроза має місце тоді, коли винна особа, висловлюючи її в будь-якій формі (словами, жестами, демонстрацією зброї тощо), бажає, щоб у потерпілого склалося враження, що, якщо він протидіятиме нападу або не виконає вимог злочинця, ця погроза буде реалізована, а в потерпілого справді таке враження склалося. Це стосується і випадків,

коли винна особа погрожує застосуванням предметів, які завідомо для неї не можуть бути використані для реалізації погроз (зіпсована зброя, макет зброї тощо), але потерпілий сприймає ці предмети як такі, що являють собою небезпеку для життя чи здоров'я. Така погроза може стосуватись як потерпілого, так і його близьких родичів, завжди містить вимогу майнового характеру щодо передачі майна в майбутньому. Як і в разі грабежу, законодавець безпосередньо вказує на насильство в диспозиції статті. Тільки на відміну від грабежу, насильство тут виступає не способом учинення злочину, а конститутивною ознакою об'єктивної сторони цього злочину.

Думка про те, що вимагання є корисливим посяганням на власність із застосуванням насильства, поділяється всіма криміналістами і не викликає жодних заперечень [2, с. 109; 3, с. 353; 4, с. 144]. У разі вимагання психічне насильство є конститутивною (обов'язковою) ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Водночас фізичне насильство є кваліфікуючою ознакою, відповідальність за нього передбачена в ч. 3 ст. 189 КК України. Психічне насильство під час вимагання полягає в погрозі застосування насильства над потерпілим чи його близькими родичами, обмеженні прав, свободи або законних інтересів цих осіб, пошкодження чи знищення їхнього майна або майна, що перебуває в їхньому віданні чи під охороною, або розголошення відомостей, які потерпілий чи його близькі родичі бажають зберегти в таємниці. Погроза під час вимагання може стосуватись як самого потерпілого, так і його близьких родичів. Близькими родичами є батьки, дружина, діти, рідні брати і сестри, дід, баба, внуки. Фізичне насильство в разі вимагання повинно бути небезпечним для життя та здоров'я, за змістом збігається з насильством, що застосовується під час учинення розбою. Як і в попередніх складах злочинів, законодавець безпосередньо вказує на насильство як на ознаку складу вимагання.

Погроза знищення майна є насильницьким злочином, для якого характерне психічне насильство. Це насильство полягає в погрозі знищення майна шляхом підпалу, вибуху або іншим небезпечним способом. У даному разі психічне насильство, як і під час вимагання, є конститутивною ознакою об'єктивної сторони складу злочину, передбаченого ст. 195 КК України. Фізичне насильство не є характерним для цього складу злочину.

У науці кримінального права наявна позиція, що насильницьким злочином є також шахрайство. Так, Ф. Гребенкін зазначає, що сутність обману та зловживання довірою полягає у впливі на потерпілого шляхом уведення його в оману, без примушення його передати майно чи права на майно, без подавлення його волі. У судовій практиці трапляється, коли заволодіння майном за допомогою психічного насильства кваліфікується як шахрайство. До таких прикладів Ф. Гребенкін відносить шахрайство, учинене за допомогою фінансових пірамід, гадалками, передусім особами циганської національності, за допомогою гіпнозу [5, с. 117]. Так, зокрема, у разі вчинення таких діянь, як зазначає Ф. Гребенкін, на людей учиняється психічний тиск, зокрема використовують елементи прийомів і техніки нейрологічного програмування – методичного прийому, що дозволяє людині програмувати іншу людину, елементи психодрами, створення фрустраційного стану, часто злочинці працюють у групі з підставними особами для зниження критичної уваги, створення стресового стану, застосовується гіпнотична техніка розсіювання. Ці прийоми і способи знижують критичність мислення, створюють стрес і нездатність контролювати свої дії та волю, звужують свідомість, чим самим програмують поведінку потерпілих у певному, необхідному для підсудних напрямі [5, с. 122].

Варто зазначити, що психічне насильство не є характерним для шахрайства, а тому цей злочин не можна вважати насильницьким. Особливістю шахрайства є те, що винний заволодіває чужим майном, спонукаючи самого потерпі-

лого шляхом обману чи зловживання довірою до передачі йому чи уступки права на майно. Шахрайство може бути вчинено двома способами: обманом і зловживанням довірою. Обман – це повідомлення потерпілому неправдивих відомостей або приховування певних обставин. Зловживання довірою – це недобросовісне використання довіри потерпілого. Обман як спосіб шахрайства – це повідомлення неправдивих відомостей або замовчування відомостей, які мають бути повідомлені, з метою заволодіння чужим майном або для придбання права на майно. Зловживання довірою полягає в недобросовісному використанні довіри з боку потерпілого: для заволодіння чужим майном чи правом на нього винний використовує особливі довірливі відносини, які склалися між ним та власником чи володільцем майна.

Ці способи в разі шахрайства застосовуються винною особою, щоб викликати в потерпілого впевненість у вигідності чи обов'язковості передачі їй майна або права на нього. Обов'язковою ознакою шахрайства є добровільна передача потерпілим майна чи права на нього. Добровільна передача потерпілим майна чи права на нього є обов'язковою ознакою шахрайства, хоча ця добровільність, по суті, фіктивна, оскільки такі дії власника майна чи майнових прав зумовлені введенням його в оману чи невинуватим довірливостю. Якщо обман або зловживання довірою були лише способом отримання доступу до майна, а саме вилучення майна відбувалося таємно чи відкрито, то склад шахрайства відсутній. Такі дії треба кваліфікувати як крадіжку або грабіж відповідно. На це звертає увагу Верховний Суд України (п. 17 постанови Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10 «Про судову практику у справах про злочини проти власності» [1]). Відповідно до ч. 3 п. 17 зазначеної вище постанови [1], коли потерпіла особа через вік, фізичні чи психічні вади або інші обставини не могла правильно оцінювати і розуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними, передачу нею майна чи права на нього не можна вважати добровільною. Отже, якщо гіпноз, прийом і техніка нейрологічного програмування чи інші методи подавлення волі людини створили таку ситуацію, коли особа не могла правильно оцінювати і розуміти зміст, характер і значення своїх дій або керувати ними, такі дії вже не можна вважати шахрайством, вони мають розглядатися як крадіжка, розбій, грабіж чи інше заволодіння майном залежно від обставин.

Перш ніж визначити перелік насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом Республіки Польща, необхідно провести розмежування між крадіжкою та розбоєм за кримінальним правом цієї держави. Річ у тому, що кримінальному праву сусідньої держави невідомо поняття грабежу. Відповідно до § 1 арт. 278 Кримінального кодексу Республіки Польща (далі – КК Республіки Польща) крадіжкою є заволодіння (zabór) з метою привласнення чужої рухомої речі. Таке заволодіння може бути як таємним, так і відкритим. Крадіжка не передбачає застосування насильства. Розбоєм, відповідно до § 1 арт. 280 КК Республіки Польща, є заволодіння (zabór) з метою привласнення чужої рухомої речі, що вчинене із застосуванням насильства щодо особи або із погрозою негайного застосування насильства, або внаслідок доведення винного до стану безпорадності чи нетверезості. У результаті проведення аналізу цих визначень можна дійти висновку, що кримінально-правові норми про відповідальність за крадіжку та розбій співвідносяться одна з одною як загальна та спеціальна. Водночас норма про відповідальність за крадіжку є загальною нормою, а норма про відповідальність за розбій – спеціальною. Склади злочинів крадіжки та грабежу співвідносяться одне з одним як основний склад злочину (крадіжка) та кваліфікований (розбій), оскільки їх порівняльний аналіз дозволяє дійти висновку, що розбоєм є крадіжка із застосуванням

насильства щодо особи або з погрозою негайного застосування насильства, або внаслідок доведення винного до стану безпорадності чи нетверезості. Такої думки (розбій є кваліфікованим видом крадіжки) дотримуються як науковці, так і судова практика Республіки Польща. Так, у вироку Апеляційного суду в Катовіцах від 27 травня 1993 р. зазначено, що розбій є кваліфікованим видом крадіжки, оскільки до його ознак складу злочину належать усі ознаки складу злочину крадіжки, а відрізняються ці два склади лише додатковими діями винного щодо потерпілого під час учинення розбою [6, с. 35, 104].

До насильницьких злочинів проти власності за кримінальним правом Республіки Польща можна віднести розбій (арт. 280 КК Республіки Польща), розбійну крадіжку (kradzież rozbójnicza) (арт. 281 КК Республіки Польща), розбійне вимагання (wymuszenie rozbójnicze) (арт. 282 КК Республіки Польща) та угон транспортного засобу (арт. 289 КК Республіки Польща).

Насильство під час розбою, за КК Республіки Польща, є конститутивною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Насильство може бути фізичним, психічним, а також законодавець окремо виділяє вид насильства, коли винний доводить потерпілого до безпорадного чи нетверезого стану. Фізичне насильство в польському кримінальному праві, на відміну від фізичного насильства під час розбою за кримінальним правом України, може бути будь-якої сили. Законодавець не встановлює якихось меж цього насильства: це можуть бути як звичайні побиття, так і завдання тілесних ушкоджень. Таке насильство повинно бути застосоване безпосередньо під час вчинення розбою з метою придушення опору потерпілого для того, щоб заволодіти його майном. Погроза застосування насильства як психічне насильство під час розбою є альтернативним способом учинення розбою. Полягає воно в погрозі побиттям, тілесних ушкоджень або застосуванням іншої форми фізичного насильства, водночас погроза ця може бути адресована не лише особі, чийм майном винний бажає заволодіти, але й близькій особі. Доведення винного до непритомного чи безпорадного стану полягає у вчиненні дій, унаслідок яких потерпілий втрачає можливість усвідомлювати свої дії та керувати ними. Доведення до такого стану, як і застосування насильства, повинно бути зумовлене бажанням винного заволодіти майном потерпілого. Також, на думку Верховного Суду Республіки Польща, як стан безпорадності необхідно оцінювати ситуацію, коли кількість нападників або значна диспропорція сил позбавляє потерпілого можливості опору або значною мірою цей опір обмежує [7].

Розбійна крадіжка (kradzież rozbójnicza) – злочин, передбачений арт. 281 КК Республіки Польща. Об'єктивна сторона цього злочину полягає в застосуванні щодо особи фізичного чи психічного насильства або доведенні особи до безпорадного чи непритомного стану з метою заволодіти у володінні речі, яка була викрадена в потерпілого. Зазначені вище дії в теорії кримінального права України та на практиці його застосування розцінюються як переростання крадіжки у грабіж у разі вчинення насильства, що не є небезпечним для життя та здоров'я особи, або в розбій у разі застосування насильства, що є небезпечним для життя та здоров'я особи. У кримінальному праві Республіки Польща такі дії розцінюються як окремий склад злочину. У зв'язку з тим, що даний склад злочину поєднує в собі як ознаки крадіжки, так і ознаки розбою (застосування насильства), його називають розбійною крадіжкою (kradzież rozbójnicza). А. Марек зазначає, що в разі розбою та в разі розбійної крадіжки насильство характеризується різним спрямуванням. Якщо в разі розбоб насильство спрямоване на подолання опору потерпілого з метою заволодіння майном, то в разі розбійної крадіжки заволодіння майном відбувається без застосування насильства, а насильство вчиняється після заволодіння з метою утримати цю річ у володінні винної особи. Також фізичне чи

психічне насильство в разі розбійної крадіжки може бути застосоване як до потерпілої особи, так і до іншої особи, дії якої становлять загрозу вилучення у винного викраденого ним майна [8, с. 547].

Розбійне вимагання (*wymuszenie rozbójnicze*) (арт. 282 КК Республіки Польща) полягає у примушуванні з корисливою метою іншої особи до розпорядження власним чи чужим майном або до припинення господарської діяльності шляхом застосування фізичного насильства, погрози посягання на життя чи здоров'я чи знищення майна. Фізичне чи психічне насильство в разі розбійного вимагання, як і в разі розбою та розбійної крадіжки, є конститутивною ознакою об'єктивної сторони складу злочину. Водночас авторами-криміналістами відзначається, що погроза посягання на життя та здоров'я може бути спрямована як на потерпілого так і на інших осіб, зокрема близьких родичів [9, с. 548].

Кримінальний кодекс Республіки Польща до злочинів проти власності відносить також угон транспортного засобу (арт. 289 КК Республіки Польща). Угон транспортного засобу полягає в заволодінні чужим транспортним засобом із метою короткотривалого ним користування. Основний склад цього злочину не передбачає фізичного чи психічного насильства як конститутивну його ознаку. Однак фізичне та психічне насильство є ознакою, що утворює кваліфікований склад злочину (§ 3 арт. 289 КК Республіки Польща). Таке насильство полягає у фізичному насильстві, погрозі його негайного застосування, а також доведенні потерпілого до стану непритомності чи безпорадності.

У всіх насильницьких злочинах проти власності за кримінальним правом як України, так і Республіки Польща насильство як спосіб учинення злочину прямо передбачене у відповідних нормах Кримінальних кодексів обох держав.

Усі насильницькі злочини, на думку Л. Гаухмана, можуть бути класифікованими на три групи [9, с. 71]. До першої групи належать такі склади злочинів, які містяться у кримінально-правових нормах, у яких насильницькі дії позначаються термінами: «насильство», «погроза насильством», «погроза вбивством, нанесенням тяжких тілесних ушкоджень». Дана група складів злочинів, у свою чергу, поділяється за ступенем інтенсивності насильницької дії на три підгрупи. До першої підгрупи відносять склади злочинів, ознаками яких є насильство, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, або погроза застосування такого насильства, до другої – склади, ознаками яких є насильство, небезпечне для життя й інших благ особи, або погроза такими діями чи погроза вбивством, або нанесенням тяжких тілесних ушкоджень, і до третьої – склади, у яких насильство або погроза насильством передбачаються без диференціації за ступенем інтенсивності.

Серед злочинів проти власності першу підгрупу утворює склад грабежу, поєданого з насильством, яке не є небезпечним для життя чи здоров'я потерпілого, передбачений ч. 2 ст. 186 КК України. До другої підгрупи відносять склади розбою, передбаченого ст. 187 КК України; вимагання, поєдане з насильством, небезпечним для життя чи здоров'я особи (ч. 3 ст. 189 КК України). До третьої підгрупи відносять склади вимагання, учиненого з погрозою вбивства чи завдання тяжких тілесних ушкоджень (ч. 2 ст. 189 КК України); погрозу знищення майна (ст. 195 КК України).

О. Дітріх зазначає, що в нормах деяких вищезгаданих статей передбачена відповідальність за злочини, учинені як із застосуванням насильства або погрози насильством, так і іншим способом, тобто ці насильницькі дії є альтернативною ознакою (діяння) відповідних складів злочинів. Наприклад, відповідальність за грабіж, передбачений ч. 2 ст. 186 КК України, настає як тоді, коли він поєднаний із насильством, яке не є небезпечним для життя або здоров'я потерпілого, або з погрозою застосування такого

насильства, і тоді, коли він учинений за попередньою змовою групою осіб або повторно, навіть якщо не поєднується з насильством [10, с. 87–88].

В окремих нормах, які містять склади злочинів другої і третьої груп, немає прямого посилання на насильство або погрозу застосування насильства, але об'єктивні властивості діяння, які описані в диспозиціях, охоплюють застосування насильства, яке може мати місце в разі вчинення конкретного злочину.

Друга група включає склади насильницьких злочинів, у яких насильницька дія, зазначена різними термінами, є альтернативною ознакою. У складах злочинів цієї групи насильницькі дії є обов'язковою характеристикою таких дій, як напад, застосування зброї, учинення вибуху, підпалу, побої та мордування, завдання сильного фізичного болю чи морального страждання застосуванням вогнепальної або холодної зброї чи іншого предмета, спеціально пристосованого або задалегідь заготовленого для нанесення тілесних ушкоджень та інших дій. Водночас поняття «напад», наприклад, у разі бандитизму охоплює вчинення різних за характером і ступенем інтенсивності насильницьких дій. Посягання на життя завжди має вираз у застосуванні або спробі застосування до потерпілого насильства, небезпечного для життя. Застосування або спроба застосування зброї, або вказаних предметів завжди є насильством, небезпечним для життя або здоров'я, чи спробою застосування такого насильства, а озброєний опір може мати прояв ще й у погрозі такого за інтенсивністю насильства. Вказані ознаки, у свою чергу, в одних складах злочинів мають обов'язкове значення, в інших є альтернативною ознакою. Останні є такими, оскільки кожен із відповідних складів може бути виконаний ще й альтернативними діями, які не виражені насильством, наприклад, склад бандитизму утворює сама організація озброєної банди з метою нападу на підприємства, установи, організації чи на окремих осіб, а також участь у такій банді або у вчиняваному нею нападі.

У третю групу об'єднані склади злочинів, складовими частинами яких є дія або обставина, яка включає насильницьку дію факультативно. Факультативною ознакою таких складів злочинів є насильницькі дії тому, що: по-перше, не тільки вони можуть по закону характеризувати, включаючи його дію або обставину; по-друге, фактичне виконання вказаних злочинів, хоча і часто, але не завжди пов'язане із здійсненням насильницьких дій. Віднесення складів даної групи до кола складів насильницьких злочинів обґрунтовується, з одного боку, значним ступенем вірогідності конкретного прояву перелічених елементів у насильницьких діях, що підтверджується роз'ясненнями Пленумів Верховного Суду України, і з іншого – етимологічним значенням змісту термінів, якими ці ознаки позначаються в законі.

Насильницьких злочинів проти власності серед двох останніх груп немає.

Дану класифікацію насильницьких злочинів проти власності можна застосувати й до зазначених складів злочинів за кримінальним правом Республіки Польща. З тією лише особливістю, що кримінальне законодавство Республіки Польща не диференціює насильство за ознакою небезпечності для життя та здоров'я, а за ознакою небезпечності для життя. До першої підгрупи першої групи можна віднести основний склад розбою (§ 1 арт. 280 КК Республіки Польща). До другої підгрупи першої групи можна віднести кваліфікований склад розбою із застосуванням насильства, що є небезпечним для життя чи погрозою його застосування (§ 2 арт. 280 КК Республіки Польща). І, нарешті, до третьої підгрупи першої групи можна віднести всі інші склади насильницьких злочинів проти власності, як-от: розбійна крадіжка (арт. 281 КК Республіки Польща), розбійне вимагання (арт. 282 КК Республіки Польща), насильницький угон (§ 3 арт. 289 КК Республіки Польща).

Крім того, усі насильницькі злочини проти власності (за кримінальним правом як України, так і Республіки Польща) можна класифікувати на такі, де насильство є конститутивною ознакою основного складу злочину, та такі, де є ознакою, що утворює кваліфікований склад злочину.

До злочинів, де насильство є конститутивною ознакою основного складу злочину, за кримінальним правом України відносять розбій (ст. 187 КК України), вимагання (ст. 189 КК України), погрозу знищення майна (ст. 195 КК

України). За кримінальним правом Республіки Польща до цієї групи відносять розбій (арт. 280 КК Республіки Польща), розбійну крадіжку (арт. 281 КК України), розбійне вимагання (арт. 282 КК Республіки Польща).

До злочинів, де насильство утворює кваліфікований склад злочину, за кримінальним правом України належить грабіж (ст. 186 КК України), а за кримінальним правом Республіки Польща – угон транспортного засобу (арт. 289 КК Республіки Польща).

ЛІТЕРАТУРА

1. Про судову практику у справах про злочини проти власності : постанова Пленуму Верховного Суду України від 6 листопада 2009 р. № 10. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0010700-09#Text> (дата звернення: 30.03.2021).
2. Матышевский П. Преступления против собственности и смежные с ними преступления. Киев : Юринком, 1996. 240 с.
3. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Ю. Александров та ін. ; за заг. ред. С. Яценко. Київ : А.С.К., 2005. 848 с.
4. Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України / Ю. Александров та ін. ; за заг. ред. С. Яценко. Київ : А.С.К., 2005. 848 с.
5. Кримінальне право України. Загальна частина : підручник / за ред. М. Бажанов. 2-е вид., перероб. і доп. Київ : Юрінком-Інтер, 2005. 480 с.
6. Гребенкин Ф. Уголовно-правовое значение психического насилья в преступлениях против собственности : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Москва, 2004. 201с.
7. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 27.05.1993 r., II AKr 169/93. OSA. 1994. Z. 2. Poz. 8.
8. Wyrok Sądu Najwyższego z 14.06.1986 r. V KRN 99/89. OSNKW. 1989. № № 7–12. Poz. 48.
9. Marek A. Prawo karne. Warszawa : Wydawnictwo C.H. Beck, 2011. 678 s.
10. Гаухман Л. Проблемы уголовно-правовой борьбы с насильственными преступлениями в СССР. Саратов : Изд-во Саратовского университета, 1981. 159 с.
11. Дітріх О. Насильство у складах корисливих посягань на власність за кримінальним правом України : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.08. Київ, 2009. 207 с.

ПРОБАЦІЯ ЯК ПЕРСПЕКТИВНИЙ ЗАСІБ РЕСОЦІАЛІЗАЦІЇ ЗАСУДЖЕНИХ І ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУСПІЛЬСТВА

PROBATION AS A PROMISING TOOL FOR THE RESOCIALIZATION OF CONVICTS AND ENSURING THE SAFETY OF SOCIETY

Романов М.В., к.ю.н.,

доцент кафедри кримінології та кримінально-виконавчого права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Сеплива Ю.О., студентка I курсу магістратури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Суббота М.С., студентка I курсу магістратури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто питання ефективності пробації як засобу ресоціалізації засуджених. Також визначено поняття ресоціалізації та виправлення, висвітлено їх співвідношення. Розкрито сутність та особливості вжиття ресоціалізаційних заходів, зазначено про важливість урахування віку засудженого, його соціального становища, статі та інших особливостей, що зумовлюють необхідність індивідуального підходу.

Запропоновано внести зміни до наявних видів пробації, зокрема доповнити перелік видів, визначених у законодавстві, «постпенітенціарною» пробацією, обґрунтовуючи цю думку складнощами, які виникають у колишніх засуджених після відбування покарання, що має підвищити рівень ефективності пробації загалом.

У статті розглянуто пробаційні системи у деяких зарубіжних країнах, зокрема історію запровадження пробаційної системи у Великій Британії, особливості діяльності пробаційних органів у Італії, а також зазначено приклад регулювання постпенітенціарної допомоги у Латвії. Також йдеться про необхідність перейняття досвіду цих та інших країн під час реформування пробаційної системи в Україні, адже саме пробація має допомогти зменшити витрати держави на утримання місць позбавлень волі та сприяти поверненню колишніх засуджених до правомірного життя.

Звертається увага на проблеми, які є характерними для цієї сфери, зокрема необхідність забезпечення ефективності виправних і ресоціалізаційних заходів шляхом залучення професіоналів у цю галузь, урахування особливостей кожного засудженого під час вжиття таких заходів, а також проблеми, що виникають зі сприйняттям колишніх засуджених суспільством, зазначається про важливість проведення роботи із суспільством, щоби сформувані у населення думку про можливість змін у поведінці колишніх засуджених. Щодо цього наводиться приклад волонтерської діяльності, пов'язаної з пробацією, як вияв ініціативної участі громадськості у процесі ресоціалізації засуджених. Аналізується одна з основних цілей виправної і ресоціалізаційної діяльності, а саме недопущення рецидивів злочинів. Увага при цьому акцентується на тому, що саме зменшення кількості повторних злочинів є запорукою безпечного функціонування суспільства. Пропонуються варіанти вирішення цих проблем, при цьому наголошується на необхідності вдосконалення національного законодавства щодо цієї сфери.

Ключові слова: пробація, виправлення, ресоціалізація, соціальна адаптація, надання допомоги засудженим.

The article deals with the effectiveness of probation as a means of re-socializing convicts. The concepts of resocialization and correction are also defined and their relationship is illuminated. The essence and peculiarities of the resocialization measures are disclosed; the importance of taking into account the age of the convict, his social situation, gender and other features that make it necessary to take an individual approach is noted.

It is proposed to amend the existing types of probation, in particular, to supplement the list of types defined in the legislation with "post-penitentiary" probation, justifying this opinion by the difficulties that former convicts have after serving their sentences, thereby increasing the level of probation effectiveness in general.

The article also examines probation systems in some foreign countries, in particular, the history of the introduction of the probation system in the UK, the peculiarities of probation authorities in Italy and provides an example of the regulation of post-penitentiary assistance in Latvia. It is also talking about the need to adopt the experience of these and other countries in reforming the probation system in Ukraine, because it is probation that should help reduce the cost of the state for maintaining places of imprisonment and facilitate the return of former convicts to legitimate life.

Attention is drawn to the problems that are characteristic of this area, in particular, the need to ensure the effectiveness of correctional and resocialization measures by involving professionals in this industry; taking into account the peculiarities of each convicted person in the conduct of such events; as well as problems arising from the perception of former convicts by society, it is noted that it is important to work with society in order to form an opinion among the population about the possibility of changes in the behavior of former convicts. And also on this issue, an example of volunteer activities related to probation is given as a manifestation of proactive public participation in the process of resocialization of convicts. One of the main goals of correctional and resocialization activities is analyzed – the prevention of recidivism. At the same time, attention is focused on the fact that it is the reduction in the number of repeated crimes that is the key to the safe functioning of society. And options are being proposed to solve these problems, while the need to improve national legislation in this area is noted.

Key words: probation, correction, resocialization, social adaptation, assistance to convicts.

Постановка проблеми. У зв'язку з проведенням в Україні пенітенціарної реформи й прийняттям Закону «Про пробацію» наша держава зробила значний крок для приведення у відповідність національного законодавства до європейських стандартів і створення гуманістичної системи виконання покарань. Показник кількості ув'язнених і засуджених, що перебувають у установах виконання покарань, є надзвичайно високим, тому актуальним є питання соціальної адаптації і ресоціалізації осіб засуджених до позбавлення волі. Виходячи з місць позбавлення волі, засуджені мають повернутися до нормального життя, але для такої реінтеграції особи державою має проводитися комплекс правових, економічних, організаційних, психологічних та інших заходів.

Як показує міжнародна практика, пробація є одним із найбільш дієвих та економічних засобів для виправлення та ресоціалізації засуджених. Оскільки наша країна перебуває на етапі становлення інституту пробації, то в законодавстві існує багато прогалин щодо неврегульованості певних питань і суперечностей актів між собою. Однак основною проблемою є забезпечення ефективності цієї системи, щоб усе те, що написано на папері, було належним чином впроваджено в практику.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання становлення пробації в Україні та її ролі в ресоціалізації засуджених до позбавлення волі вивчали такі науковці, як Б. Головкін, К. Автухов, Н. Цвіркун, Л. Дубчак, М. Куте-

пов, І. Яковець. Однак інститут пробації постійно розвивається, а чинне законодавство зазнає змін, тому потребує актуального перегляду.

Метою статті є аналіз ефективності діяльності пробації як засобу ресоціалізації засуджених до позбавлення волі, скорочення показника рецидиву злочинності й забезпечення безпеки суспільства.

Вклад основного матеріалу. Як показує практика, відбування покарання у вигляді позбавлення волі несе негативні зміни для особистості засудженого й часто призводить до рецидиву злочинів. Із загальної кількості осіб, які щороку засуджуються в Україні до позбавлення волі, більше половини раніше вже відбували покарання. Причиною цього є детермінанти, які пов'язані з негативними явищами у процесі відбування покарання у вигляді позбавлення волі. Позбавлення волі характеризується моральними, соціальними та психологічними збитками для засудженого. В процесі відбування покарання в цих осіб зникає віра в себе, у них руйнуються сім'ї та зв'язки із зовнішнім світом, відбувається трансформація особистості, тому для соціальної адаптації засуджених має проводитися інтенсивна робота, яка обов'язково має супроводжуватися перш за все наданням психологічної допомоги. Інакше ми маємо високий шанс спричинення негативних криміногенних наслідків для суспільства.

Однак слід зауважити, що у зв'язку з реформуванням пенітенціарної системи та приведенням національного законодавства у відповідність до міжнародних стандартів перед Україною постало завдання створення відповідних умов для виправлення і ресоціалізації засуджених до покарання у вигляді позбавлення волі.

У ч. 2 ст. 50 Кримінального кодексу України сказано, що покарання має на меті не тільки кару, але й виправлення засуджених, а також запобігання вчиненню нових злочинів як засудженими, так і іншими особами [1]. Саме виправлення та ресоціалізації засуджених є одними з головних елементів мети виконання покарання.

Слід відзначити, що чинний Кримінально-виконавчий кодекс України надає офіційне тлумачення поняття «виправлення», а також закріплює нове для нашої правової системи поняття «ресоціалізація». У ст. 6 КВК України виправлення засудженого визначається як процес позитивних змін, які відбуваються в його особистості та створюють у нього готовність до самокерованої правослужняної поведінки. Під ресоціалізацією слід розуміти свідоме відновлення засудженого в соціальному статусі повноправного члена суспільства; повернення його до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві [2].

Слід погодитися з твердженням законодавця, що необхідною умовою ресоціалізації є виправлення засудженого. З цього випливає, що ми можемо розглядати виправлення й ресоціалізацію як засіб і мету. Ці два поняття, на нашу думку, є взаємопов'язаними і не можуть існувати один без одного.

Ми також підтримуємо думку про те, що виправлення засуджених є однією з необхідних умов ресоціалізації. І. Євтушенко щодо цього доцільно зазначає, що без досягнення виправлення засуджених процес ресоціалізації буде безрезультатним і безглуздим, тому що неможливо примусово адаптувати до життя в нормальному суспільстві особу, чий помисли та інтереси спрямовані проти самого суспільства, незважаючи на всі застосовані до неї заходи виправлення [3, с. 54].

Відповідно до ч. 4 ст. 6 КВК України, основними засобами виправлення і ресоціалізації засуджених є такі:

- 1) встановлений порядок виконання та відбування покарання (режим);
- 2) пробація;
- 3) суспільно корисна праця;
- 4) соціально-виховна робота;
- 5) загальноосвітнє і професійно-технічне навчання;
- 6) громадський вплив [2].

Одним із засобів ресоціалізації засуджених у цьому переліку є пробація. Відповідно до ст. 8 Закону України «Про пробацію», видами пробації є досудова, наглядова і пенітенціарна [4]. Оскільки ми досліджуємо саме питання виправлення й ресоціалізації засуджених до позбавлення волі, то доцільно в подальшому дослідженні говорити про пенітенціарну пробацію, яка найбільш тісно пов'язана з покаранням у вигляді позбавлення волі.

Саме запровадження в Україні такого інституту, як пенітенціарна пробація, стало значним кроком для інтеграції національного законодавства до європейського, а також створення органу, одним із завдань якого є вжиття заходів, спрямованих на виправлення засуджених та запобігання вчиненню ними повторних кримінальних правопорушень. Основною метою пробації є не покарання засуджених осіб, а, навпаки, ресоціалізація та корегування соціально-психологічних властивостей злочинця шляхом вжиття низки заходів, спрямованих на формування поваги до закону й соціальної адаптації.

Сутність пенітенціарної пробації полягає в тому, що законодавство покладає на суб'єктів соціального патронажу обов'язок допомоги звільненим особам шляхом вжиття комплексу правових, економічних, організаційних, психологічних та інших заходів, зокрема надання послуг, спрямованих на соціальну адаптацію [5, с. 59].

Принагідно відзначити, що головним завданням пенітенціарної пробації є саме створення умов для ресоціалізації засуджених і повернення їх до самостійного загальноприйнятого соціально-нормативного життя в суспільстві. Реалізація цього завдання здійснюється шляхом проведення соціальної, фізичної та психологічної адаптації осіб, засуджених до позбавлення волі. При цьому особливості таких робіт визначаються індивідуально, а саме з урахуванням віку, соціального становища, статі та інших особливостей.

Слід зауважити, що національним законодавством не регулюється і не виділяється як окремий вид постпенітенціарна пробація. Такий підхід законодавця критикується багатьма науковцями. Цю функцію виконує частково «пенітенціарна пробація», здійснюючи підготовку засуджених до звільнення.

Підхід до відсутності такого виду пробації, як постпенітенціарна, є досить незрозумілим для нас. Перш за все слід звернути увагу на міжнародно-правовий рівень, де наявність постпенітенціарного контролю передбачена Рекомендаціями CM/Rec(2010)1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію (прийняті Комітетом Міністрів 20 січня 2010 року на 105 пленарному засіданні заступників міністрів) (далі – Правила). Відповідно до п. 61 Правил, контроль після звільнення від тюремного ув'язнення має бути спрямованим на вирішення проблем засуджених, таких як працевлаштування, місце проживання, освіта й забезпечення виконання ними умов звільнення, щоби зменшити загрозу скоєння ними нового злочину й завдання значного збитку. Слід підкреслити, що постпенітенціарний контроль за змістом Правил передбачає роботу служби пробації у взаємодії з тюремною адміністрацією, засудженими, їх сім'ями й громадськістю для того, щоби підготувати засуджених до звільнення та адаптації в суспільстві [6, с. 21].

Враховуючи вищезазначене, ми підтримуємо позицію щодо необхідності доповнення Закону України «Про пробацію» таким видом пробації, як «постпенітенціарна пробація». Запровадження такого виду пробації могло б замінити наявний сьогодні адміністративний нагляд за особами, що були звільнені від покарання, та дало б концепції пробації завершеності [7, с. 164].

У більшості країн Європи пробація є не новим поняттям, адже воно активно та успішно впроваджується на практиці протягом багатьох років. Пробація показала свою ефективність на практиці, тому використовується як

захід кримінально-правового реагування та має бути використана передусім.

Перші спроби створення відповідних органів були зроблені у Великій Британії на початку 1820-х років для неповнолітніх. У 1907 році в Англії та Уельсі було прийнято Закон «Про пробацію злочинців» (“The Probation of First Offenders Act”), який і сьогодні можна назвати прикладом для сучасних законотворців. Нині служба пробації діє через 35 регіональних Трастів. Ці регіональні Трасти за своєю організаційно-правовою структурою є приватними або комбінованими об’єднаннями, що побудовані в результаті конкуренції і надають послуги, пов’язані з реабілітацією правопорушників [8, с. 20–21].

Цікавим є те, що послуги щодо реабілітації засуджених надаються службами на конкурсній основі та оплачуються Міністерством юстиції. Зокрема, якщо Траст не досягає певного кількісного показника зменшення рецидиву злочинності за певний період, то 10% бюджету перерозподіляється на інші організації або вибирається інша організаційно-правова структура. На нашу думку, підхід, побудований на конкуренції цих організацій (Трастів), є досить ефективним засобом мотивації для надання більш якісних послуг. Така модель поведінки заслуговує того, щоби бути переглянутою в Україні і, можливо, навіть імплементованою в національне законодавство.

Цікавим є досвід Італії, де пенітенціарна реформа щодо впровадження служби пробації відбулася ще 1975 р. Офіцери служби пробації в Італії є державними службовцями, а сама служба організована на трьох рівнях, а саме національному, регіональному та місцевому. Передбачено укладання угод з психологами та найм “Servizio civile”, тобто молодих людей, які несуть добровільну громадську службу замість примусової військової [9].

У Латвії прийнято Закон про Державну службу пробації, яка перебуває під наглядом Міністерства юстиції, є установою державного управління, яке здійснює державну політику у сфері нагляду за клієнтами пробації та корегування їх соціальної поведінки, а також виконує інші функції. Статтею 15 Закону Латвії «Про державну службу пробації» на Державну службу пробації покладено функцію надання постпенітенціарної допомоги, основою для надання якої є письмова угода між Державною службою пробації та засудженим. Державна служба пробації за угодою з клієнтом пробації може надавати інформацію про можливості отримання тимчасового житла особами, які не мають місця проживання; надавати допомогу в пошуку суспільно корисного заняття; надавати допомогу в отриманні документів, що засвідчують особу; пропонувати взяти участь у програмах пробації; надавати консультації про можливі рішення проблем щодо інтеграції в суспільство [10].

Таким чином, у зарубіжних країнах інститут пробації функціонує на високому рівні, залучаючи до роботи із засудженими як державні, так і недержавні органи. Досвід цих країн показує, що запровадження пробації сприяє поверненню порушників до нормального життя у суспільстві і знижує фінансові витрати держави, які є значно нижчими порівняно з утриманням місць позбавлень волі. Хоча зарубіжний досвід є надзвичайно корисним для нашої держави, але в національне законодавство імплементувати можна не всі положення, а лише ті, які відповідають духу нашої правової системи.

Однак законодавча урегульованість, наявність органів пробації, які забезпечують діяльність цієї системи, не дають стовідсоткової гарантії реального виконання її завдань. Саме необхідність забезпечення ефективності цієї системи з урахуванням впровадження ресоціалізаційних впливів на засуджених осіб є найактуальнішим питанням.

У своїй праці Л. Дубчак доцільно виділяє такі проблеми, які ускладнюють вищезазначені завдання. Зокрема, він називає дисонанс між виконанням ізоляцій-

ної та ресоціалізаційної функції карного закладу в умовах відбування покарання; забезпечення фахового підходу до здійснення ресоціалізаційного впливу на засуджених; складність підготовки та реалізації ресоціалізаційних програм в умовах перебування в карному закладі; специфічні особистісні характеристики засуджених, які формувалися у попередніх відповідних природних умовах соціального співжиття й наклали відбиток на складену делінквентну форму поведінки особистості, що важко піддається корегуванню в умовах досягнення повноліття [11, с. 147].

Вирішення наведених проблем, а також багатьох інших належить до компетенції держави. Реалізація покарань не повинна відмежовуватись від виправних та ресоціалізаційних заходів, адже йдеться не тільки про кару, але й про виправлення, перевиховання та ресоціалізацію засудженого.

Результативність ресоціалізаційного впливу залежить від професіоналізму осіб, які його здійснюють, тобто йдеться про залучення спеціалістів у цю сферу, а саме психологів, вихователів, а якщо йдеться про окремі вразливі групи осіб (наприклад, жінки, неповнолітні, особи пенсійного віку), то мають залучатись фахівці, які мають досвід роботи саме з такими категоріями населення.

Однією з основних проблем у цій сфері є ставлення до виправних заходів та особливості характеру самої особи засудженого, адже ефективність допомоги залежить переважно від бажання особи прийняти таку допомогу. Проблеми також включають особистісні характеристики конкретної особи, адже засудженим часто притаманні наркотична або алкогольна залежність, емоційна неврівноваженість, такі особи часто можуть підпадати під вплив інших осіб або групи осіб, тому існує необхідність індивідуального підходу до кожного із засуджених. З цього питання М. Кутепов зазначає, що сутність індивідуальної соціально-виховної роботи полягає в перегляді антигромадських та антиморальних думок, тенденцій, схильностей та звичок і в одночасному формуванні нової поведінки, яка має відповідати суспільним і моральним вимогам. Саме самосвідомість та самооцінка особи є основою формування такої поведінки [12, с. 675].

Звичайно, у цій сфері гостро постає питання про рецидиви злочинів, тобто одним із напрямів виправної та ресоціалізаційної діяльності є саме недопущення скоєння злочинів особами, які були раніше засуджені. Нагляд, надання допомоги як заходи виховного впливу пробації можуть допомогти протидіяти рецидивам, адже йдеться про можливість виправлення засуджених осіб, надання їм правильної мотивації. Також слід наголосити на важливості надання допомоги, консультацій та інформації сім’ям засуджених для створення сприятливих умов задля соціальної адаптації осіб, які відбули покарання в місцях позбавлення волі [13]. Отже, можна говорити про те, що запобігання вчинення засудженими повторних правопорушень є специфічним напрямом діяльності, предметом якого, зрештою, є створення умов повсякденного функціонування людини й суспільства загалом, які передбачають усунення потенційно ризикових факторів, здатних породжувати або провокувати ненормативні варіанти поведінки [14, с. 313–314].

Якщо говорити про ресоціалізацію у найбільш загальному значенні, то до неї можна віднести також період після закінчення строку виконання покарання. Тут йдеться про сприйняття суспільством осіб, які раніше були засуджені. Зокрема, це питання працевлаштування. Його можуть допомогти вирішити центри зайнятості, але на практиці багато колишніх засуджених стають безробітними. О. Беца у своїй роботі наводить, зокрема, таку причину невиконання вимог щодо працевлаштування центрами зайнятості населення, виконавчими органами влади й управління, органами внутрішніх справ, як низька кваліфікація осіб, звільнених із місць позбавлення волі, порів-

няно з працівниками аналогічних спеціальностей у народному господарстві [15, с. 7]. Однак не можна не згадати й таку причину, як стереотипність мислення суспільства: «колишні засуджені обов'язково вчинять злочин у майбутньому». Саме таке ставлення сприяє тому, що весь процес виправлення й ресоціалізації втрачає свою актуальність для особи, що призводить до рецидивних злочинів, адже навіть за щирого бажання знайти роботу й «почати нове життя» після засудження, не зустрівши підтримки від суспільства, особа втрачає свою цілеспрямованість і знову повертається до доступного виду заробітку. Проте тут слід зазначити, що це питання є актуальним лише для осіб, які справді хочуть виправитись, адже є багато осіб, для яких скоєння злочинів є цілком нормальним способом життя, і тут акцент має робитися саме на пенітенціарному етапі ресоціалізації, тобто на процесі виправлення особи. Наприклад, підвищення правової обізнаності засуджених осіб як один з виховних заходів має допомогти у подоланні стійкості поведінки особи щодо злочинних намірів.

Взагалі пробація є достатньо прогресивним явищем, але лише за умови її ефективності. Сьогодні існує чимало проблем, які не дають змогу говорити про реалізацію цілей, поставлених перед пробацією. По-перше, такі проблеми є результатом неточностей, невідповідності законодавчого врегулювання. Вирішити цю проблему можна шляхом внесення змін до чинних законів, врегулювання у них неточностей, прийняття нових уточнюючих та роз'яснюючих нормативно-правових актів. По-друге, слід приділяти велику увагу професійній підготовці персоналу органів пробації. Як ми вже зазначали, професіоналізм осіб, які здійснюють виховний вплив на засуджених, відіграє одну з ключових ролей у результативності такого впливу, тому, як правильно зазначає Л. Дубчак, дуже важливо усвідомлювати, що роль пенітенціарного вихователя в процесі реалізації корекційної програми впливу щодо засудженого має бути якнайбільш відповідальною. Тут має враховуватися низка умов, таких як специфіка системи організації пенітенціарних установ, метою яких є покарання, індивідуальний підхід до кожного засудженого [11, с. 151]. Саме для вирішення цього питання до персоналу органів пробації включені психологи, соціальні працівники, цілями яких є як установлення причин вчинення злочинів конкретними особами, так і сприяння запобігати рецидиву злочинів такими особами, тобто передбачається глибинна праця задля зниження кількості злочинів і, як наслідок, забезпечення безпеки суспільства. По-третє, слід підвищити рівень соціально-виховної роботи із засудженими. Виконання цілей пробації має бути дійсно реалізоване шляхом створення реальних умов для самореалізації засудженої особи. Цих цілей можна досягти шляхом вивчення потреб засуджених, визначення відсутніх компетенцій, вибору необхідних засобів зовнішнього впливу для створення умов їх надбання та зменшення негативних наслідків застосування кримінального покарання, як зазначають І. Яковець, К. Автухов, О. Таволжанський у своїй праці [16, с. 159].

Однак, окрім впливу на засуджених, деякі пробаційні заходи мають впроваджуватися також для населення. Зокрема, забезпечення інформованості населення з питань пробації є одним з найважливіших напрямів цієї сфери. Таке завдання є досить складним, але задля підвищення ефективності ресоціалізаційних та виправних заходів важливим є сприйняття суспільством того факту, що особи, які раніше були засуджені, здатні до змін, отже, політика держави має також бути спрямована на формування такого ставлення у населення, зокрема, шляхом інформування про стан реформи пробації в країні, проведення бесід і роз'яснень у цій сфері. Також слід сказати, що Законами України «Про пробацію» та «Про волонтерську діяльність» передбачена волонтерська діяльність, пов'язана з пробацією. Як зазначено у ст. 20 Закону України «Про пробацію», основним завданням волонтерів пробації є сприяння органу пробації у здійсненні нагляду за засудженими та проведенні з ними соціально-виховної роботи [4]. Усі особи, які мають необхідні знання й навички та відповідають вимогам, що висуваються до волонтерів пробації, можуть допомогти цій системі виконати її завдання, при цьому ініціативна роль має підвищити рівень виконання таких завдань загалом.

Висновки. Отже, підсумовуючи все вищевикладене, можемо говорити про те, що ідея й мета пробації є дуже прогресивними. Впровадження цієї системи наближає нашу країну до стандартів і рівня європейських держав. Провівши аналіз наданих законодавцем визначень понять «виправлення» та «ресоціалізація», ми дійшли висновку, що вони доповнюють одне одного, тому їх важко розділити як зовсім окремі поняття. Окрім виділення Законом України «Про пробацію» видів пробації, ми вважаємо за доцільне впровадити поняття постпенітенціарної пробації, адже процес ресоціалізації засудженого полягає як у зміні ставлення особи до вчинення злочинів (як наслідок, зменшення кількості рецидивів) на етапі виконання покарання, так і в реінтеграції особи, яка відбула покарання, до звичайного, законослухняного життя у суспільстві. Отже, законодавчого вдосконалення та врегулювання потребує час і після того, як закінчується строк виконання покарання.

Ресоціалізація та виправлення як завдання пробації є дуже складно виконуваними й потребують значних зусиль із боку органів пробації, що включають залучення спеціалістів у цю сферу для досягнення реального результату; індивідуальний підхід до кожного із засуджених; підвищення рівня правової обізнаності як засудженого, так і населення, в яке повертатиметься колишній засуджений. Звичайно, задля вдосконалення національного законодавства буде доцільним використання досвіду зарубіжних країн у цій сфері, зокрема Великої Британії, Італії, а також Латвії, адже на прикладі таких країн можна простежити не тільки декларативні положення законів, але й їх багаторічне впровадження в реальне життя й результативність таких заходів загалом.

Отже, надскладні завдання, що ставляться перед пробацією, можна виконати лише шляхом відповідальної праці органів пробації за належного законодавчого врегулювання цієї сфери.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України : Закон України від 5 квітня 2001 року № 2341-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення: 01.04.2021).
2. Кримінально-виконавчий кодекс України : Закон України від 11 липня 2003 року № 1129-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1129-15> (дата звернення: 01.04.2021).
3. Евтушенко И. Условно-досрочное освобождение осужденных к лишению свободы и их ресоциализация : монография. Волгоград : ВолгГТУ, 2005. 316 с.
4. Про пробацію : Закон України від 5 лютого 2015 року № 160-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/160-19> (дата звернення: 01.04.2021).
5. Науково-практичний коментар до Закону України «Про пробацію» / за заг. ред. О. Копиленка, Є. Бараша. Київ, 2019. 116 с.
6. Рекомендація CM/Res (2010)1 Комітету Міністрів державам-членам про Правила Ради Європи про пробацію (прийняті Комітетом Міністрів 20 січня 2010 року на 105 пленарному засіданні заступників міністрів). URL: <https://www.probation.gov.ua/wp-content/uploads/2019/04/02> (дата звернення: 01.04.2021).
7. Цвіркун Н. Щодо проблемних аспектів пенітенціарної пробації в Україні. *Інститут пробації в Україні: сучасний стан і перспективи розвитку* : матеріали міжнародного круглого столу (16 квітня 2019 року). Київ : Національна академія прокуратури України, 2019. 196 с.

8. Основи професійної діяльності персоналу органу пробації : навчальний посібник для органу пробації / авт. кол. ; за ред. Дж. Седхема, М. Октігана. Київ, 2017. 242 с.
9. Гандіні Л. Правові основи, організація і розвиток служби пробації в Італії. *Рада Європи: підтримка тюремної реформи* : семінар на тему умовного засудження. Київ, 2012. URL: <http://probation.at.ua/index/ital/0-42> (дата звернення: 01.04.2021).
10. О Государственной службе пробации : Закон Латвийской Республики от 30 декабря 2003 года. URL: <http://mosmediator.narod.ru/index/0-430> (дата звернення: 01.04.2021).
11. Дубчак Л. Проблеми реалізації ресоціалізаційних програм щодо засуджених в умовах відбування покарання. *Вісник Пенітенціарної асоціації України*. 2017. Вип. 1. С. 147–155.
12. Кутєлов М. Деякі проблеми ресоціалізації неповнолітніх засуджених в Україні. *Молодий вчений*. 2018. Вип. 2 (54). С. 674–677.
13. Європейські правила пробації : Рекомендація Комітету міністрів Ради Європи від 20 січня 2010 року. URL: <https://rm.coe.int/16806f4097> (дата звернення: 01.04.2021).
14. Романов М. Зміст поняття безпеки при визначенні мети пробації. *Діджиталізація і безпека* : матеріали міжнародної конференції / за ред. А. Гетьмана, Б. Головіна (м. Харків, Національний юридичний університет ім. Ярослава Мудрого, 19 листопада 2020 року). Харків : Право, 2020. 410 с.
15. Беца О. Соціальна адаптація осіб, звільнених із місць позбавлення волі. *Соціальна політика і соціальна робота*. 2002. Вип. 2 (22). С. 5–15.
16. Правовий вплив на неправомірну поведінку: актуальні грані : монографія / за ред. О. Козаченка, Є. Стрельцова. Миколаїв : Іліон, 2016. 768 с.

ОСНОВНІ КРИМІНОЛОГІЧНІ РИСИ ОСІБ, ЯКІ БЕРУТЬ УЧАСТЬ У СТВОРЕННІ НЕ ПЕРЕДБАЧЕНИХ ЗАКОНОМ ВОЄНІЗОВАНИХ АБО ЗБРОЙНИХ ФОРМУВАНЬ

THE MAIN CRIMINOLOGICAL FEATURES OF PERSONS INVOLVED IN THE CREATION OF NON-STATUTORY PARAMILITARY OR ARMED GROUPS

Устінова-Бойченко Г.М., к.ю.н., доцент,
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін
Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»

Богатирьова М.О., старший викладач
кафедри соціально-політичних та економічних дисциплін
Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»

Черниш Т.В., викладач кафедри конституційного,
міжнародного та приватного права
Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті досліджено основні кримінологічні характеристики осіб, які скоюють кримінальне правопорушення «Створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань». Проаналізовано основні особливості особи злочинця, його особистісні характеристики, різноманітні критерії характеристики особи злочинця. Основні характеристики, що створюють картину такого види злочинності, умовно поділено на дві групи: соціально-психологічні та правові. До перших з них належать: стать, вік, рівень освіти, рівень матеріальної забезпеченості, соціальний стан, наявність сім'ї, соціальне походження, зайнятість у суспільно корисній праці, наявність спеціальності, місце проживання, рівень розвитку особистості, стан психіки, характер міжособистісних зв'язків, індивідуальні навички, уміння і здібності. До правових: характер, ступінь ваги скоєних злочинів, вчинення кримінальних правопорушень вперше або повторно, у групі або поодиноці, тривалість злочинної діяльності, об'єкт злочинного зазіхання, форма провини.

З огляду на соціально-психологічні особливості учасника не передбаченого законом воєнізованого або збройного формування було зазначено, що криміногенна активність злочинної поведінки в такому вигляді організованої злочинності охоплює представників різних вікових груп. У соціальному становищі серед учасників незаконних воєнізованих формувань осіб, які не встигли створити сім'ю, більше, ніж осіб, які перебувають у шлюбі. На поведінку особистості, сферу її інтересів, коло спілкування, вибір способів реалізації життєвих цілей впливає освіта.

Частіше у разі розгляду учасників організованих злочинних формувань вказувалася приналежність тільки до чоловічої статі. Однак натепер антигромадська роль жінки та її участь у терористичних і екстремістських злочинах значно зросла. Також у статті досліджено чотири основні типи особистості: соціально-деполітизований тип; корисливо-заповзятливий тип; морально-деградований тип; морально-пригнічений тип.

Ключові слова: воєнізовані формування, збройні формування, створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, кримінальні правопорушення проти громадської безпеки, кримінологічні риси осіб, які беруть участь у створенні не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань.

The article examines the main criminological characteristics of persons who commit a criminal offense "Creation of non-statutory paramilitary or armed groups". The main features of the criminal's personality, his personal characteristics, various criteria for the characteristics of the criminal's personality are analyzed. The main characteristics that create a picture of this type of crime are divided into two groups: socio-psychological and legal. The first of them are: sex, age, level of education, level of material security, social status, family, social origin, employment in socially useful work, the presence of a specialty, place of residence, level of personal development, mental state, the nature of interpersonal relationships languages, individual skills, abilities and abilities. To legal: the nature, severity of crimes committed, the commission of criminal offenses for the first or second time, in a group or alone, the duration of criminal activity, the object of criminal encroachment, the form of guilt.

Taking into account the socio-psychological characteristics of a participant in a non-statutory paramilitary or armed formation, it was noted that criminogenic activity of criminal behavior in this type of organized crime covers representatives of different age groups. In the social situation, among the members of illegal paramilitary formations there are more people who have not managed to start a family than people who are married. Education influences the behavior of an individual, the sphere of his interests, the circle of communication, the choice of ways of realization of life goals.

More often at consideration of participants of the organized criminal formations belonging only to a man was specified. However, at present, the anti-social role of women and their participation in terrorist and extremist crimes has increased significantly. The article also explores four main types of personality: socially depoliticized type; selfish-enterprising type; morally degraded type; morally depressed type.

Key words: paramilitary formations, armed formations, creation of paramilitary or armed formations not provided by law, criminal offenses against public safety, criminological features of persons who take part in the creation of paramilitary or armed formations not provided by law.

Добровольчі воєнізовані або збройні об'єднання функціонували на різних етапах становлення та розвитку держави, їх створювали з різною метою: для захисту незалежності, територіальної цілісності українських земель. Значна частина формувань, діяльність яких в умовах воєнного часу, військових і збройних конфліктів була законодавчо врегульована на достатньому рівні. Дії щодо створення цих об'єднань та участі в них інколи перебували поза межами закону, у зв'язку з чим вони формально набували ознак не передбачених законами воєнізованих або збройних формувань. Успішне попередження створення таких формувань можливе

лише у тому разі, коли досить уваги буде приділено вивченню суб'єктів, які беруть участь у створенні не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань [1, с. 41].

Проблема особи злочинця у кримінології є однією з ключових. Її значущість визначається тим, що злочин, будучи актом свідомої людської поведінки, значною мірою зумовлюється сутністю і особливостями особи, яка вибирає таку форму поведінки [2, с. 267].

Вивчення особистості організаторів (керівників) та учасників не передбачених законами воєнізованих або збройних формувань, мотивів та цілей їх учасників допо-

магає не тільки точно кваліфікувати злочинні діяння, але й прогнозувати наступні варіанти девіантної поведінки.

Варто зазначити, що особа злочинця завжди була однією з центральних проблем усіх наук кримінально-правового циклу і здебільшого кримінології. Наскільки людина має відповідати за свою поведінку та свої вчинки, настільки ми можемо прогнозувати її схильність до вчинення кримінального правопорушення. Іноді внутрішня потреба у самостійності, незалежності породжує в людині правовий нігілізм, спонукає до збагачення за рахунок інших людей, стає нормою життя. Результатом такого відношення до життя може бути вчинення людиною правопорушення. Осягнення людиною, що така поведінка не має бути нормою життя може матеріалізуватися через її вчинки та вироблення імунітету до законослухняності [3, с. 76].

У кримінологічних дослідженнях з вивчення особистості злочинця виділяють класифікації з різних підстав, серед яких слід виділити дві великі групи: соціально-психологічні та правові. Так, до першої з них належать: стать, вік, рівень освіти, рівень матеріальної забезпеченості, соціальний стан, наявність сім'ї, соціальне походження, зайнятість у суспільно корисній праці, наявність спеціальності, місце проживання, рівень розвитку особистості, стан психіки, характер міжособистісних зв'язків, індивідуальні навички, уміння і здібності. До правових: характер, ступінь ваги скоєних злочинів, вчинення кримінальних правопорушень вперше або повторно, у групі або поодинокі, тривалість злочинної діяльності, об'єкт злочинного зазіхання, форма провини, тощо [4, с. 74].

З точки зору соціально-психологічних особливостей учасника не передбаченого законом воєнізованого або збройного формування слід зазначити, що криміногенна активність злочинної поведінки в такому вигляді організованої злочинності охоплює представників різних вікових груп. Однак більшу кількість становлять особи молодого віку, які схильні вчиняти злочини в агресивній та імпульсивній формі.

У соціальному становищі серед учасників незаконних воєнізованих формувань осіб, які не встигли створити сім'ю, більше, ніж осіб, які перебувають у шлюбі. Для осіб, у яких є сім'я, мотивом участі у незаконному воєнізованому формуванні є фінансове забезпечення сім'ї шляхом вчинення протиправних дій, а у осіб, які не перебувають у шлюбі, швидше за все, це жага швидкої наживи.

На поведінку особистості, сферу її інтересів, коло спілкування, вибір способів реалізації життєвих цілей впливає освіта. Можна відзначити, що учасником не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань може бути особа без освіти та така, яка має певний рівень знань. Якщо розглядати особу, яка не має освіти або має середню освіту, то це, як правило, особи, які не змогли працевлаштуватися, не володіють достатнім соціальним статусом. Інший тип – особа, що володіє середньою, вищою професійною освітою, слід припустити, що це особистість знову ж таки зі стійким мотивом скоєння злочинів, який ґрунтується на корисливій меті. Особа усвідомлює протиправність своїх дій, їх суспільну небезпеку й передбачені законом кримінально-правові наслідки [5, с. 300].

Іншу категорію учасників не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань можуть становити особи із захворюваннями та розладами психіки. Наявність психічних аномалій пов'язана зі значною деградацією особистості, з її постійним антисуспільним способом життя. Криміногенність аномалій зумовлюється і формами патологічних змін особистості. Така категорія осіб дуже часто не розуміє, чого від них вимагає суспільство. Сприйняття життєвих ситуацій, з урахуванням незвичності їх установок, істотно спотворюється. Оскільки нормативний контроль поведінки порушений, оцінка ситуації відбувається не з позицій соціальних вимог, а виходячи з особистих переживань, образів, проблем, потягів та інстинктів. На

наш погляд, ця категорія серед учасників не передбачених законом воєнізованих та збройних формувань за своїм кількісним показником незначна, але все ж таки існує [5, с. 301].

Частіше у разі розгляду учасників організованих злочинних формувань вказувалася приналежність тільки до чоловічої статі. Однак натеper антигромадська роль жінки та її участь у терористичних і екстремістських злочинах значно зросла. Якщо жінка в зонах бойових конфліктів втратила своїх дітей, чоловіка, батьків та інших близьких, то участь у не передбачених законом воєнізованих або збройних формуваннях для неї є єдиним джерелом існування та сенсом життя. З точки зору кримінологічної характеристики особистості такі жінки становлять велику суспільну небезпеку, позаяк холоднокривно скоюють злочини, часом нещадні до своїх супротивників і байдужі до чужого людського горя, втративши всяку чутливість після своїх особистих пережитих трагедій. Мотивами участі у непередбачених законом воєнізованих або збройних формуваннях можуть виступати не тільки корисливі, але більшою мірою особисті, такі як бажання помститися або відсутність бажання жити взагалі. Жінки, вступаючи в не передбачені законом воєнізовані або збройні формування, вбивають не з матеріальної вигоди, а з бажання самотвердуватися, заслужити авторитет серед чоловіків, показати свою силу і перевагу перед іншими, не озброєними людьми [4, с. 91].

Проблему особистості учасника не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань завжди слід пов'язувати з озброєністю. Одна з основних ознак не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань – це наявність зброї у значної частини або навіть у всіх членів групи. Забезпеченість учасників бойовою зброєю показує ступінь суспільної небезпечності скоєних ними злочинів і навіть вказує на ознаки професійного злочинця. Досліджуючи особистість озброєного злочинця, можна підкреслити, що така особистість характеризується набором ознак: це специфічні навички та вміння користуватися зброєю, застосовувати її, а головне – це властивий особистості спосіб скоєння злочину [6, с. 11].

Вивчаючи статистичні дані України та деяких інших держав щодо кількості зареєстрованих кримінальних правопорушень, можна зазначити, що серед членів не передбачених воєнізованих або збройних формувань не виключена участь осіб, які притягались до кримінальної відповідальності за скоєння насильницьких та корисливих злочинів. Загалом можна виділити чотири основні типи: соціально-деполітизований тип; корисливо-заповзятливий тип; морально-деградований тип; морально-пригнічений тип.

Соціально-деполітизований тип характеризується негативним ставленням до соціально-політичної та економічної системи держави або окремого регіону. Такі особи входять до складу не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань із соціально-політичних, націоналістичних та релігійних мотивів. Становлять приблизно 50% загальної кількості учасників не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань. Непогодження з політикою, що проводиться урядом, і вороже ставлення до осіб іншого віросповідання та іншої національності визначають злочинну спрямованість їхніх дій. Виступаючи під гаслом захисту свого народу чи віри, такі особи скоюють тяжкі злочини проти особистості, суспільства та держави.

Корисливо-заповзятливий тип характеризується тим, що учасник не передбаченого законом воєнізованого або збройного формування вступає в його лави лише з корисливих мотивів. В основі поведінки такого типу учасника переважає бажання придбати матеріальні засоби за рахунок антигромадських та протиправних дій, входять до складу формувань, нічого не даючи взамін. Переважно до такого типу належать особи чоловічої статі, які не здатні

заробити на життя власною працею, та становлять приблизно 20% такого типу осіб.

Морально-деградований тип характеризується тим, що особи такого типу беруть участь у не передбачених законом воєнізованих або збройних формуваннях з агресивно-хуліганських спонукань. Характерною рисою поведінки таких осіб є антигромадська установка, яка полягає в постійній внутрішній готовності до певної кримінальної поведінки. Метою участі таких осіб виступає бажання самоствердитися, довести свою перевагу над іншими. Кількість осіб морально-деградованого типу, які входять до складу таких формувань, становить близько 25% та здебільшого чоловічої статі.

Морально-пригнічений тип учасників незаконних воєнізованих або збройних формувань характеризується повною байдужістю до всього, що відбувається, але при цьому дисципліновані у своєму оточенні і чітко виконують поставлені перед ними завдання. Вони не бояться смерті та, навпаки, хочуть зустрітись з нею, позаяк у цьому житті їм нічого вже не тримає. Вони являють собою небезпеку для суспільства тим, що байдуже ставляться до свого життя та життя оточуючих людей. Участь таких осіб у незаконних воєнізованих або збройних формуваннях становить 5% від загальної кількості учасників та серед осіб такого типу в основному жінки [7, с. 167].

Кримінологічна характеристика організаторів та керівників не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань із соціально-психологічної точки зору має інші критерії. Це особистості більш вольові та енергійні, з вираженими лідерськими якостями, виявлення організатора злочинної групи являє особливу психологічну складність. Головна їх відмінність полягає у тому, що вони більш освічені – 70% мають вищу або середню спеціальну освіту, здебільшого пройшли хорошу військову підготовку і є фахівцями – професіоналами зі зброї і ведення бойових дій. Загалом, проблема організатора незаконних воєнізованих формувань досить складна і має свою багатогранність. До організаторів можна відносити осіб, які керують та опосередковано беруть участь у вчинюваних організованою групою злочинів [8, с. 578].

Дослідивши особистісні характеристики учасників не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, можна зробити висновок, що, використовуючи соціальні механізми, спрямовані на підвищення рівня правової та моральної культури суспільства, надання психологічної допомоги та підтримки, можливо знизити рівень участі осіб у не передбачених законом воєнізованих або збройних формуваннях.

Слід звернути увагу на питання кримінально-правового впливу на учасників не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, які вчиняють злочини проти інтересів України. Відповідно до КК України до таких суб'єктів злочину слід застосовувати заходи кримінальної відповідальності – офіційний осуд, покарання та судимість. Водночас у певних випадках за наявності позитивної післязлочинної поведінки до них можна застосовувати кримінально-правове заохочення у формі звільнення від кримінальної відповідальності чи пом'якшення покарання під час його призначення [9, с. 38].

Застосовуючи покарання, суд має на меті покарати винного, що необхідно і для захисту суспільства, для задоволення почуття обурення і справедливості потерпілого і суспільства загалом. Заперечення мети кари зменшує примусове значення покарання, не враховує, що мета кари саме і перетворює покарання на особливий (найбільш гострий) захід державного примусу.

Мета виправлення припускає усунення суспільної небезпечності особи, тобто такий вплив покарання, в результаті якого засуджений під час і після його відбування не вчинить нового злочину.

Виправлення полягає в тому, щоб шляхом активного примусового впливу на свідомість засудженого внести

корективи в його соціально-психологічні властивості, нейтралізувати негативні, криміногенні настанови, змусити додержуватися положень кримінального закону, прищепити (нехай навіть під страхом покарання) законслухняність, повагу до закону.

Традиційно в Україні, як і в багатьох інших країнах, серед правових заходів протидії злочинності, у тому числі й створенню не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань, чільне місце відводиться кримінально-правовим заходам.

Таким чином, звільнення від кримінальної відповідальності є другим, поруч із кримінальною відповідальністю, кримінально-правовим засобом протидії злочинності. Багаторічна практика застосування інституту звільнення від кримінальної відповідальності підтвердила його важливу роль і соціальну цінність. Індивідуальний підхід до застосування відповідних норм про звільнення від кримінальної відповідальності і покарання не тільки не перешкоджає охороні правопорядку від злочинних посягань, а навпаки, сприяє успішній протидії злочинності.

Відповідно до п. 1 Постанови Пленуму Верховного Суду від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності» під звільненням від кримінальної відповідальності розуміється відмова держави від застосування щодо особи, котра вчинила злочин, установлених законом обмежень певних прав і свобод шляхом закриття кримінальної справи, яке здійснює суд у випадках, передбачених Кримінальним кодексом України, у порядку, встановленому Кримінально-процесуальним кодексом України [10].

Звільнення особи від кримінальної відповідальності та покарання є необхідними інститутами кримінального законодавства, оскільки вони є дійовими засобами кримінально-правової протидії злочинності.

Згідно з ч. 6 ст. 260 КК України, звільняється від кримінальної відповідальності особа, яка перебувала у складі вказаних у цій статті формувань, за діяння, передбачені частинами першою або другою цієї статті, якщо вона добровільно вийшла з такого формування і повідомила про його існування органам державної влади або органам місцевого самоврядування. Умовами звільнення особи від відповідальності за скоєння злочину, передбаченого ст. 260 КК України, є:

- учинення особою дій, спрямованих на створення не передбаченого законом воєнізованого чи збройного формування або участь у діяльності зазначених об'єднань;
- добровільний вихід особи зі складу вказаних угруповань. Добровільність виходу означає свідоме волевиявлення особи щодо припинення будь-яких зв'язків з діяльністю цих об'єднань без будь-якого примусу з боку інших осіб. Причому таке припинення повинно бути безповоротним. Мотиви, якими керувалася особа у разі виходу зі складу, не повинні впливати на застосування цієї норми;
- добровільне повідомлення органів державної влади або органів місцевого самоврядування про існування зазначених формувань [11].

Добровільність повідомлення полягає у діях зазначеної особи, спрямованих на інформування відповідних органів про існування та діяльність об'єднань. Слід зауважити, що це повідомлення повинно містити не лише заяву про існування того чи іншого об'єднання, а й іншу достовірну інформацію (місце розташування, склад, мету діяльності тощо). Органами державної влади є органи законодавчої, виконавчої та судової влади, а також відповідні державні органи на місцях. Органами місцевого самоврядування є відповідні ради з їх виконавчими органами, що представляють інтереси певної громади. Мотиви, які спонукали особу до такої заяви, не повинні враховуватися у разі застосування цієї заохочувальної норми [12, с. 324].

Дослідивши елементи кримінологічної характеристики, особистісні характеристики учасників не перед-

бачених законом воєнізованих або збройних формувань, можна зробити висновок, що з огляду на знання щодо особистості злочинця держава може використовувати відповідні соціальні механізми, що спрямовані на підвищення

рівня правової та моральної культури суспільства, наданням психологічної допомоги та підтримки можна знизити рівень участі осіб у не передбачених законом воєнізованих або збройних формуваннях.

ЛІТЕРАТУРА

1. Вознюк А.А. Актуальні проблеми кримінально-правового впливу на учасників не передбачених законами України воєнізованих або збройних формувань. *Юридичний часопис Національної академії Внутрішніх справ*. № 2, 2015. С. 40–49.
2. Бабенко А.М., Бусол О.Ю., Костенко О.М.. Кримінологія : підручник. Харків : Право, 2018. 416 с.
3. Богатирьов І.Г. Кримінологія : підручник. Київ : ВД Дакор, 2018. 352 с.
4. Дмитренко А.В. Уголовно-правовой и криминологический аспекты организации незаконного вооруженного формирования или участия в нем : дис. ... канд. юрид. наук. Ростов-на-Дону, 2003. 168 с.
5. Оспанова Ж.К. Особенности криминологической характеристики участников незаконных военизированных формирований. *Молодой ученый*. 2012. № 4. С. 298–303.
6. Никитин А.М. Основные направления борьбы с незаконным оборотом оружия, боеприпасов, взрывчатых веществ и их использованием в преступных целях. *Проблемы борьбы с вооруженными преступлениями* : материалы научно-практической конференции. Тула, 1999 г. С. 11–20.
7. Робак В.А. Зумовленість кримінально-правового захисту від створення не передбачених законом воєнізованих або збройних формувань. *Часопис Київського університету права*, 2007. № 1. С. 162–166.
8. Новий тлумачний словник української мови у 3 томах. Том 3 / Укладачі Яременко В.В., Сліпушко О.М. Київ : Аконті, 2003. 862 с.
9. Бурдін В.М. Особливості кримінальної відповідальності неповнолітніх в Україні : монографія. Київ : Атіка, 2004. 240 с.
10. Постанова Пленуму Верховного Суду України від 23 грудня 2005 р. № 12 «Про практику застосування судами України законодавства про звільнення особи від кримінальної відповідальності». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0012700-05#Text>.
11. Кримінальний кодекс України : Закон України від 05.04.2001 р. № 2341-III (із змінами та доповненнями). *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25. Ст. 131.
12. Сухонос В.В., Білоконь Р.М., Сухонос В.В. (мол.). Кримінальне право України. Особлива частина : підручник. Суми : ПФ «Видавництво «Університетська книга», 2020. 672 с.

АНАЛІЗ НОВЕЛ КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА ЩОДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА КРИМІНАЛЬНІ ПРАВопОРУШЕННЯ ПРОТИ СТАТЕВОЇ СВОБОДИ ТА СТАТЕВОЇ НЕДОТОРКАНОСТІ

ANALYSIS OF NOVELS OF CRIMINAL LEGISLATION ON LIABILITY FOR CRIMINAL OFFENSES AGAINST SEXUAL FREEDOM AND SEXUAL INVIOABILITY

Ханішин М.О., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Ромашко О.І., студент III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Прийняття Комітетом Міністрів Ради Європи 7 квітня 2011 р. Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами з подальшим поданням її до підписання ознаменувало встановлення європейських стандартів захисту від насильства за ґендерною ознакою та домашнього насильства, що цілком природно передбачало і встановлення стандартизованого підходу до відповідальності за таке насильство.

7 листопада 2011 р. Стамбульська конвенція була підписана Україною, проте процедура ратифікації Конвенції не була здійснена й дотепер. 6 грудня 2017 р. був прийнятий Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», положення якого загалом набрали чинності 11 січня 2019 р. Вслід за неспішною імплементацією норм Конвенції до кримінального законодавства була відсутня ратифікація цього міжнародно-правового акта Верховною Радою України, а тому впровадження положень Стамбульської конвенції до чинного законодавства обмежується лише зазначеною вище імплементацією.

Такий підхід законодавця зумовлює низку питань стосовно новел Кримінального кодексу України, обсягу реалізації у них положень Конвенції, а також, власне, змін до законодавства України про кримінальну відповідальність у площині порівняння попереднього та актуального підходу до відповідальності за насильство щодо жінок та домашнє насильство.

У статті проаналізовано положення Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами», що повністю набули чинності 11 січня 2019 р., щодо наукової новизни цих даних не лише в змістовому контексті, а й у хронологічному.

Зазначені зміни були введені умовно недавно, з чого виникають питання до сталості та однозначності практичного застосування змінених норм Кримінального кодексу України, особливо з огляду на те, що змінений підхід до відповідальності за сексуальне насильство не відповідає положенням постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи».

Метою статті є дослідження внесених змін до національного законодавства на предмет імплементації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами, аналіз відповідності змін у національному кримінальному законодавстві приписам Стамбульської конвенції та ступеня їх реалізації. Також метою є порівняння актуального та попереднього підходу до відповідальності за сексуальне насильство стосовно жінок за Кримінальним кодексом України та узагальнення наукометричної бази наведеної проблематики.

З огляду на соціальний складник проблеми насильства стосовно жінок та домашнього насильства, а також проєвропейський політичний курс України, все гостріше постає питання ратифікації Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами. Так, зокрема, серед вимог Маршу жінок, що відбувся у Києві, Харкові, Львові, Полтаві, Запоріжжі, Херсоні, Івано-Франківську та Краматорську 8 березня 2021 р., зазначалася ратифікація Стамбульської конвенції, що вказує на суспільну актуальність цієї проблематики [1].

Методика наукового дослідження передбачає низку теоретичних (аналіз, синтез, узагальнення, дедукція, індукція та пояснення), а також функціональний та системний методи.

Ключові слова: Стамбульська конвенція, імплементація, зґвалтування, сексуальне насильство, задоволення статевої пристрасті неприродним способом, природність статевих зносин.

The adoption by the Committee of Ministers of the Council of Europe on April 7, 2011 of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence and submitting it for signature marked the establishment of European standards for protection against gender-based violence and domestic violence, which is quite natural, provided for the establishment of a standardized approach to liability for such violence.

On November 7, 2011, the Istanbul Convention was signed by Ukraine, but the ratification procedure of the Convention has not been carried out to date. On December 6, 2017, the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to Implement the Provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence" was adopted, which entered into force on January 11, 2019. Following the slow implementation of the Convention to criminal law, there was no ratification of this international legal act by the Verkhovna Rada of Ukraine, and therefore the implementation of the Istanbul Convention into existing law is limited to the above implementation.

This approach of the legislator raises a number of issues related to the amendments to the Criminal Code of Ukraine, the scope of implementation of the provisions of the Convention, as well as changes to the legislation of Ukraine on criminal liability in comparing the previous and current approach to liability for violence against women and domestic violence.

The article analyzes the provisions of the Law of Ukraine "On Amendments to the Criminal and Criminal Procedure Codes of Ukraine to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence" came into force on January 11, 2019, data not only in the semantic context, but also in chronological.

These changes were introduced relatively recently, which raises questions about the sustainability and unambiguous practical application of the amended provisions of the Criminal Code of Ukraine, especially given that the changed approach to liability for sexual violence does not

comply with the Plenum of the Supreme Court of Ukraine No. 5 of May 30, 2008 "On Judicial Practice in Cases of Crimes against Sexual Freedom and Sexual Immunity".

The aim of the article is to study the amendments to national legislation to implement the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence, analyzing the compliance of changes in national criminal law with the requirements of the Istanbul Convention and their implementation. The aim is also to compare the current and previous approach to the responsibility for sexual violence against women under the Criminal Code of Ukraine and to generalize the scientometric basis of these issues.

Given the social component of the problem of violence against women and domestic violence, as well as Ukraine's pro-European policy, the issue of ratification of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence is becoming increasingly acute. Thus, in particular, among the demands of the Women's March, which took place in Kyiv, Kharkiv, Lviv, Poltava, Zaporizhzhia, Kherson, Ivano-Frankivsk and Kramatorsk on March 8, 2021, was the ratification of the Istanbul Convention, which indicates the public relevance of this issue [1].

The methodology of scientific research involves a number of theoretical (analysis, synthesis, generalization, deduction, induction and explanation), as well as functional and systemic methods.

Key words: Istanbul Convention, implementation, rape, sexual violence, gratification of sexual desire in an unnatural way, naturalness of sexual intercourse.

З набранням чинності Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами» № 2227-VIII від 11 січня 2019 р. окремі положення кримінального законодавства України зазнали суттєвих змін у частині кримінальних правопорушень проти статевої свободи та статевої недоторканості особи. Аналізуючи редакцію Кримінального кодексу України (далі – КК) до внесення змін у частині імплементації норм Стамбульської конвенції та після внесення зазначених змін до національного законодавства, спробуємо розкрити правовий зміст цих норм, а також їх значення для кримінального законодавства України [7].

Так, відповідно до попередньої редакції у ст. 153 КК встановлювалася відповідальність за насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом. Тоді як чинна редакція цієї статті передбачає відповідальність за сексуальне насильство. Зазначені зміни породжують низку питань щодо термінології КК, у тому числі і стосовно зміни ознак складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 153 КК.

Для початку пропонуємо розмежувати «насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом» та «сексуальне насильство» в термінологічному аспекті та визначити наведені дефініції. Відповідно до п. 2 Постанови Пленуму Верховного Суду України № 5 від 30 травня 2008 р. «Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи» насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом визначається як дії сексуального характеру, за яких виключається природний статевий акт. Своєю чергою такі дії можуть полягати у вчиненні акту мужолозтва, лесбійства, а також в інших діях сексуального характеру, спрямованих на задоволення статевої пристрасті суб'єкта злочину (чоловіка або жінки) неприродним способом, із застосуванням фізичного насильства, погрозою його застосування або з використанням безпорадного стану потерпілої особи. Відповідно до диспозиції ст. 153 КК сексуальне насильство – це вчинення будь-яких насильницьких дій сексуального характеру, не пов'язаних із проникненням у тіло іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи. Розрізняючи запроваджену та попередню термінологію, варто зазначити, що чинне кримінальне законодавство не використовує формулювання «задоволення статевої пристрасті неприродним способом». В основу цього підходу покладено зміну поглядів на природність статевих зносин. Мотивом такої зміни стала потреба у відході від негативної моральної оцінки дій, що характеризувалися як задоволення статевої пристрасті неприродним способом [8].

Чинна редакція ст. 153 КК, як влучно зазначає О.О. Додуров, здійснила відхід від попереднього термінологічного апарату та не апелює нині поняттям «задоволення статевої пристрасті неприродним способом». Як

зазначає науковець, вказівка на «неприродність» статевих зносин змушувала застерігати про те, що кримінальна відповідальність за таку поведінку визначається не ознакою природності задоволення статевої пристрасті, а саме насильницьким характером [2, с. 149–150].

Проблемність зазначеної термінології висвітлюється в дискримінаційному характері зазначених приписів, адже поділ статевих зносин на природні та неприродні не відповідає засадам гендерної рівності, що надалі може обмежувати право на повагу до приватного і сімейного життя, передбаченого статтею 8 Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод [3]. Слід звернути увагу, що процес термінологічної трансформації у нормах КК щодо відмови від поділу статевих зносин на «природні» та «неприродні» мав поступове впровадження та був реалізований у 2021 р. шляхом внесення змін до статті 155 КК. Таким чином, навіть після внесення змін до кримінального законодавства в рамках імплементації норм Стамбульської конвенції спостерігалася неузгодженість термінологічного апарату та підходу законодавця.

Як зазначають О.О. Дудоров та М.І. Хавронюк, сам спосіб статевого контакту, що є відмінний від того, який попередньою редакцією КК характеризувався як «природний», а саме такий, який спрямований на зачаття дитини як одну з головних функцій організму людини, не є підставою для визнання екстравагантності форм статевого контакту аморальністю та збоченством, що своєю чергою виявляє некоректність застосування дефініції «задоволення статевої пристрасті неприродним способом» [2, с. 150–151].

Подібної позиції у своїй практиці дотримувалась ВООЗ з точки зору визнання таких «неприродних» зносин патологічними. До того ж Європейський суд з прав людини у своїх рішеннях, зокрема «Даджен проти Сполученого королівства» від 22 жовтня 1981 р., зробив висновок щодо можливості здійснення добровільних приватних одностатевих стосунків між дорослими особами, що оцінюють та контролюють свої дії. Разом із тим ЄСПЛ встановив, що кримінальна караність та переслідування з боку держави осіб за зазначені дії порушує право на повагу до приватного і сімейного життя людини та є недопустимим [9].

Надаючи правову характеристику складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 153 КК у чинній та попередній редакціях, потрібно порівняти розмежування ознак кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК у зазначених редакціях. У попередній редакції цих статей розмежування кримінальних правопорушень здійснювалося за об'єктивною стороною складу. Зокрема, М.І. Мельник та М.І. Хавронюк, аналізуючи попередню редакцію статей 152 і 153 КК, зазначали, що вирішальним аспектом є наявність між злочинцем та жертвою природного статевого акту. Саме наявність природних статевих зносин без добровільної згоди потерпілої особи внаслідок фізичного насильства, погрози застосування такого насильства або безпорадного стану потерпілої особи характеризує такі кримінально-проти-

правні дії, як зґвалтування. Своєю чергою будь-які інші дії щодо задоволення статевої пристрасті злочинцем із застосуванням зазначених вище форм визначають кваліфікацію такого діяння за ст. 153 КК та характеризують його як «насильницьке задоволення статевої пристрасті неприродним способом» [6, с. 403–404].

Як уже було зазначено, в основу розмежування наведених злочинів покладено саме форму діяння у вигляді природного статевого акту, що передбачає вагінальне проникнення, та можливе лише у разі гетеросексуальних статевих зносин. Своєю чергою будь-які інші статеві зносини та дії статевого характеру, включаючи гомосексуалізм, лесбійство, орогенітальні та аногенітальні одно- та двостатеві контакти, а також сурогатні форми статевих зносин, пов'язані з імітацією природного статевого акту, сексуальний мазохізм та садистські дії, спрямовані на задоволення статевої пристрасті злочинця, що підпадають під категорію «неприродні статеві зносини» та потребують подальшої кваліфікації за ст. 153 КК [10, с. 334–335].

Внесення змін до кримінального законодавства в частині імплементації норм Стамбульської конвенції призвело до оновлення підходу до розмежування кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК. Так, аналіз положень чинної редакції цих статей свідчить, що ознаки їх складів набули низку змін.

Елементом складу кримінального правопорушення, що відмежовує зґвалтування від сексуального насильства, є об'єктивна сторона складу. Так, в основу розмежування зґвалтування та сексуального насильства покладається форма діяння. Зґвалтування становить вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням геніталій або будь-якого іншого предмета без добровільної згоди потерпілої особи. Тоді як вчинення будь-яких інших насильницьких дій сексуального характеру, що не пов'язані з проникненням в тіло іншої особи без її добровільної згоди, є сексуальним насильством.

Виходячи із запропонованих вище дефініцій зґвалтування та сексуального насильства, передбачених КК, можна зробити висновок, що вирішальною ознакою для кваліфікації кримінально протиправних дій сексуального характеру за відсутності добровільної згоди потерпілої особи є наявність або відсутність факту проникнення в тіло іншої особи. При цьому для визнання такого злочину зґвалтуванням не є принциповим, чи було вчинене таке проникнення за допомогою геніталій, бо у ст. 152 КК передбачено проникнення в тіло особи також із застосуванням будь-якого предмета. Разом із тим КК передбачає вичерпний перелік способів вчинення зазначеного кримінального правопорушення: вагінальне, оральне, анальне проникнення в тіло іншої особи.

Необхідним є узагальнення зазначених вище ознак складів кримінальних правопорушень, передбачених статтями 152 та 153 КК, бо наявні численні розбіжності між положеннями попередньої та чинної редакції КК. Так, об'єктивна сторона складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 152 КК, у чинній редакції передбачає 3 альтернативні форми: вчинення дій сексуального характеру, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням у тіло іншої особи з використанням як

геніталій, так і будь-якого іншого предмета, що значно відрізняє положення чинної редакції від попередньої, за якою притягнення до кримінальної відповідальності за зґвалтування було б можливим лише за умови вагінального проникнення та гетеросексуальної форми акту, а інші предмети не могли бути предметом кримінального правопорушення. Що ж до ст. 153 КК, то внесені до неї зміни значною мірою пов'язані з новою редакцією ст. 152 КК, у зв'язку з чим об'єктивна сторона складу цього кримінального правопорушення включає будь-які насильницькі дії сексуального характеру без добровільної згоди потерпілої особи, що не становлять об'єктивну сторону складу зґвалтування, тобто не є вагінальним, анальним чи оральним проникненням.

Незважаючи на загалом узгоджену із засадами Конвенції імплементацію зазначених норм до національного законодавства, слід відзначити і низку аспектів невідповідності Конвенції. Насамперед невідповідність внесених до КК змін щодо норм Стамбульської конвенції в частині імплементації приписів ст. 36 має ключову роль для успішної реалізації втілених змін. По-перше, цією нормою Конвенції не здійснюється розмежування сексуального насильства та зґвалтування. В контексті цієї статті вбачається, що здійснення вагінального, орального, анального проникнення в тіло іншої особи, як і здійснення без її згоди інших актів сексуального характеру, виступає не окремими злочинами, а лише окремими формами одного діяння – здійснення дій сексуального характеру, що прямо передбачається пунктами а, б ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції. На підставі аналізу цієї норми Конвенції можемо констатувати, що міжнародне співтовариство розглядає зґвалтування як вид сексуального насильства. Своєю чергою національне кримінальне законодавство чітко розмежовує сексуальне насильство та зґвалтування, визначаючи їх окремими кримінальними правопорушеннями.

Також певна невідповідність імплементованих норм КК приписам Конвенції вбачається у вказівці у ст. 153 КК на саме насильницький характер дій. У наведеному вище п. б ч. 1 ст. 36 Стамбульської конвенції прямо зазначається: «Здійснення без згоди інших актів сексуального характеру з особою» [4].

При цьому відповідно до частини 2 статті 36 Конвенції: «Згоду повинно бути надано добровільно як результат вільного волевиявлення особи, отриманого в контексті супутніх обставин». Зважаючи на зазначені приписи Конвенції, погоджуємося з думкою О.О. Додурова, який зазначає, що відповідні акти сексуального характеру не обов'язково повинні мати насильницький характер. Дослідник зазначає, що вони можуть навіть не передбачати фізичного контакту з потерпілим [2, с. 151–152].

На підставі проведеного аналізу можемо констатувати, що держава продовжує крокувати шляхом впровадження засад та приписів Стамбульської конвенції. Внесення змін до ст. 155 КК у частині відмови від концепції поділу статевих зносин за категорією «природності» ознаменувало готовність національного законодавства до подальшої імплементації норм Стамбульської конвенції, що сприяло, зокрема, протидії дискримінації за гендерною ознакою, гарантування свободи приватного і сімейного життя особи і, що найголовніше, належного захисту жертв сексуального насильства від злочинних посягань.

ЛІТЕРАТУРА

1. Губенко Д. На Марші жінок у Києві вимагали ратифікації Стамбульської конвенції. *Електронне видання "Made for minds"*. 08.03.2021 URL: <https://www.dw.com/uk/na-marshi-zhinok-u-kyievi-vymahaly-ratyfikatsii-stambul'skoi-konventsii/a-56806231> (дата звернення: 19.04.2021).
2. Дудоров О.О. Відповідальність за домашнє насильство і насильство за ознакою статі: науково-практичний коментар новел Кримінального кодексу України / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Ваіте, 2019. 288 с.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. *База даних "Законодавство України"*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 18.04.2021).
4. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами. *База даних "Ліга 360"*. URL: <https://ips.ligazakon.net/document/view/mu11251?an=49> (дата звернення: 18.04.2021).

5. Кримінальний кодекс України : Закон України від 01.06.2010 р. № 2295-VI. *База даних "Ліга 360"*. URL: https://ips.ligazakon.net/document/T012341?ed=2010_06_01 (дата звернення: 19.04.2021).
6. Мельник М.І. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України від 5 квітня 2001 року / за ред. М.І. Хавронюка. Київ : Канон, 2001. 1104 с.
7. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України з метою реалізації положень Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами : Закон України від 06.12.2017 № 2227-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2227-19#n87> (дата звернення: 18.04.2021).
8. Про судову практику у справах про злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи : Постанова Пленуму Верховного суду України від 30.05.2008 № 5. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-08#Text> (дата звернення: 18.04.2021).
9. Справа «Даджен проти Сполученого Королівства» (Dudgeon v. the United Kingdom): рішення Європейського суду з прав людини від 22 жовтня 1981 року. Серія "А", № 45. *База даних "HUDOC"*. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57473> (дата звернення: 20.04.2021).
10. Шевчук Ю.І. Відмежування насильницького задоволення статевої пристрасті неприродним способом, що спричинило смерть потерпілої особи, від зґвалтування і суміжних злочинів. *Науковий журнал "Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)"*. 2007. Вип. 17. С. 332–338.

ФОРМИ СПІВУЧАСТІ У КРИМІНАЛЬНОМУ КОДЕКСІ УКРАЇНИ**FORMS OF COMPLICITY IN THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE****Чемодурова А.Ю., студентка II курсу
факультету адвокатури***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена проблемам кваліфікації злочинів, вчинених у співучасті, що виникають через недостатню законодавчу регламентацію цього інституту у Кримінальному кодексі України.

У статті розглянуто поняття співучасті, закріплене Кримінальним кодексом України, та проаналізовано його зміст (суб'єктивна та об'єктивна ознаки). У науковій роботі приділена увага з'ясуванню дефініції поняття «форма співучасті» шляхом аналізу думок фахівців кримінального права. У результаті чого надане власне визначення цього терміна. Розкрито питання класифікації форм співучасті залежно від суб'єктивного та об'єктивного критерію. Зазначено, що за суб'єктивним критерієм форми співучасті поділяються на вчинені групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою та злочинною організацією, а за об'єктивним – на просту та складну.

У статті висвітлено проблему неповноцінного законодавчого врегулювання питань інституту співучасті. Зокрема, Кримінальний кодекс України не надає визначення терміна «форма співучасті» та не розкриває їх повної класифікації (статтею 28 ККУ визначено лише характеристику форм співучасті, що виділяють за суб'єктивним критерієм).

У ході розгляду конкретної ситуації, пов'язаної з кваліфікацією злочину, вчиненого у співучасті, висвітлено проблему практичного визначення форми співучасті через відсутність законодавчої характеристики всіх форм та їх узгодження між собою. Виявлено невідповідність положень п. 2 ч. 1 ст. 67 та ст. 28 Кримінального кодексу України стосовно переліку форм співучасті, вчинених за попередньою змовою.

Підсумовується, що в кримінальному законодавстві України доцільно удосконалити регламентацію інституту співучасті, адже прогалини в законодавстві ускладнюють кваліфікацію кримінальних правопорушень та надання їм правильної й точної правової оцінки.

Ключові слова: співучасть, класифікація форм співучасті, кваліфікація правопорушення, злочин, співучасники.

This article is devoted to the problems of classification of criminal complicity that turn up because the statutory regulation of this institution is insufficient in Criminal Code of Ukraine.

The paper considers the definition of complicity enshrined in the Criminal Code of Ukraine and analyses its content (subjective and objective elements). Much attention in the work is given to the determination of the concept "complicity form" definition by means of analyzing criminal lawyers' thoughts. The author of the article gives his own determination of this term based on this analysis. The article touches upon the issue of the complicity forms classification that depends on subjective and objective criterion. The author points out that subjective criterion divide complicity forms into committed in a group ones, in a group acting in collusion ones, committed by organized crime outfits and criminal organizations ones, and the objective criterion has simple and complex forms of complicity.

This article brings to the light the problem of imperfect legal settlement of complicity institution issues. In particular Criminal Code of Ukraine has no definition of the term "form of complicity" and doesn't give us its full classification (there is only the description of complicity forms in the Article 28 CCU that is determined due to very subjective criterion).

The author considers one particular situation concerned in the complicity of crime qualification and touches upon an issue of complicity forms practical determination because the legal description of all its forms and coordination between them doesn't exist. It is reported that the provisions concerning the list forms of complicity committed in collusion in the Article 67, paragraph 2, part 1 and the Article 28, Criminal Code of Ukraine don't correspond to each other.

In conclusion, the author says that the regulation of complicity institution should be improved because legal gaps make the qualification of criminal offences and their right and exact legal assessment more complicated.

Key words: complicity, complicity forms classification, qualification of criminal offences, crime, accomplices in crime.

Постановка проблеми. У теорії українського кримінального права дискусійним залишається питання вчинення кримінального правопорушення у співучасті. Аналізуючи зміст відповідних положень Кримінального кодексу України (далі – КК), можна зробити висновок, що існують певні прогалини у законодавчому регулюванні окремих аспектів такого правового інституту. У ст. 28 КК зазначається, що кримінальне правопорушення може бути вчинено групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою та злочинною організацією. Ці об'єднання співучасників у теорії кримінального права визначаються як «форми співучасті». Проте у КК таке поняття не вживається. Окрім цього, актуальною є проблема відсутності повної та чіткої класифікації всіх можливих форм співучасті в кримінальному законодавстві України. Наявність таких недосконалостей в основному джерелі кримінального права ускладнює встановлення певної форми співучасті на практиці.

Аналіз останніх досліджень. Інститут співучасті відіграє важливу роль у кваліфікації кримінальних правопорушень, а тому в усі часи фахівці кримінального права розглядали питання, пов'язані із вчиненням правопорушення групою осіб. Найбільш дискусійними були й залишаються питання законодавчого врегулювання форм співучасті. Цій темі приділяли увагу такі науковці, як Ю. Гродецький, О. Дячкін, О. Ковітіді, П. Мохончук, Р. Орловський, Н. Святенюк, В. Ткаченко, О. Ус, С. Шапченко, М. Шнейдер

та багато інших правознавців. Утім, незважаючи на численні наукові дослідження, питання визначення поняття «форми співучасті» та їх класифікації залишаються найбільш дискусійними у теорії кримінального права.

Метою статті є аналіз чинних положень КК, які визначають форми співучасті, та розроблення пропозицій щодо їх удосконалення.

Виклад основного матеріалу. Кримінальний кодекс України – це нормативно-правовий акт, що юридично закріплює всі найважливіші питання кримінального права. Кодекс налічує велику кількість положень, у яких розкриває сутність кримінальних правопорушень і понять, що допомагають їх кваліфікувати та визначити правильне покарання. Однак натеper не всі важливі питання досконало регулюються кримінальним законодавством України, що призводить до проблем з кваліфікацією певних видів кримінальних правопорушень, зокрема, в аспекті визначення можливих форм співучасті.

Відповідно до ст. 26 КК співучасть – це «умисна спільна участь декількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення» [1].

Встановлення співучасті у вчиненні правопорушення має значення у разі кваліфікації діянь співучасників. Насамперед наявність співучасті у кримінальному правопорушенні свідчить про підвищену суспільну небезпечність вчиненого діяння порівняно з одноособовим деліктом.

Окрім цього, співучасть впливає на посилення кримінальної відповідальності як кваліфікуюча обставина (напр., ч. 2 ст. 185 КК) та визнається обставиною, що обтяжує покарання (п. 2 ч. 1 ст. 67 КК).

Виходячи із законодавчої дефініції, зміст поняття «співучасть» утворює сукупність ознак – об'єктивних та суб'єктивних. Об'єктивні ознаки полягають у кількісному критерії (участь у вчиненні кримінального правопорушення двох та більше осіб) та об'єктивній спільності, що виявляється в поєднанні таких умов: 1) спільне вчинення суспільно небезпечного діяння, тобто об'єднання зусиль осіб для вчинення кримінального правопорушення (далі – КП) (кожна вносить свій внесок); 2) суспільно небезпечні наслідки, що наступили, є єдиними і неподільними для всіх співучасників; 3) наявність причинного зв'язку між діяльністю співучасників і вчиненням КП; 4) приєднання до вчинення кримінального правопорушення можливе лише на стадії незакінченого правопорушення, тобто на стадії готування або замаху.

Суб'єктивні ознаки співучасті виявляються в умисній спільній участі суб'єктів у вчиненні умисного кримінального правопорушення. Спільність як суб'єктивна ознака співучасті полягає в усвідомленні кожного співучасника, що він діє не один, а об'єднує сили з іншими особами для досягнення однієї мети – вчинення кримінального правопорушення.

Для правильної кваліфікації кримінального правопорушення, вчиненого у співучасті, та призначення справедливого покарання співучасникам важливим є встановлення відповідної форми співучасті, за якої було вчинено таке діяння. Питання форм співучасті нині є проблемним та дискусійним, адже Кримінальним кодексом України не надається єдиного та чіткого розуміння поняття «форма співучасті». Отже, щоб з'ясувати сутність цього поняття, необхідно розглянути декілька теоретичних варіантів його тлумачення науковцями в юридичній літературі.

Є велика кількість визначень цього поняття. Проаналізуємо деякі з них, щоб сформулювати найбільш влучний варіант тлумачення терміна «форми співучасті».

Наприклад, В. Ткаченко висловлює думку, що форма співучасті – це спосіб взаємодії декількох суб'єктів злочину у разі спільного вчинення умисного злочину, що визначається характером вчинюваних дій, характером суб'єктивних зв'язків між співучасниками та спільністю їх злочинних намірів [2, с. 146].

О. Дячкін визначає форми співучасті у злочині як форми об'єднання співучасників злочину(ів), які характеризують виконувани ними ролі, організаційну структуру і ступінь стійкості злочинних зв'язків членів об'єднання, а також їх спільну злочинну мету [3, с. 208].

М. Шнейдер та О. Ковтіди надають дещо схожі визначення «форм співучасті». На думку М. Шнейдера, формою співучасті є структура зв'язків двох чи більше осіб, що спільно вчиняють умисний злочин [4, с. 33]. А О. Ковтіди визначає форму співучасті як структуру зв'язку між особами, які спільно вчиняють злочин, спосіб їхніх взаємин [5, с. 159].

На думку ж Р. Орловського, форма співучасті – це спосіб вчинення злочину декількома суб'єктами, що визначається характером вчинених ними дій, характером внутрішніх зв'язків, об'єднаних інтелектуальним і волевим змістом їх умислу, а також ступенем роліової участі співучасників злочину в його вчиненні [6, с. 177].

Отже, фахівці кримінального права тлумачать зміст поняття «форма співучасті» по-різному: а) як спосіб взаємодії співучасників; б) форми об'єднання співучасників; в) структуру їх взаємозв'язків між собою; г) як спосіб вчинення злочину декількома суб'єктами тощо.

Форма як зовнішній прояв якогось поняття має повністю охоплювати це поняття [7, с. 53]. Тому визначення форми співучасті повинно охоплювати всі варіанти прояву співучасті та розкрити її внутрішню та зовнішню сторони.

Таким чином, можна сформулювати визначення так: форма співучасті – це способи об'єднання співучасників для досягнення єдиної протиправної мети, що відзначаються наявністю спільного умислу для всіх співучасників, та відрізняються за характером ролей, які виконують співучасники, та стійкістю зв'язків між ними.

У теорії кримінального права виділяють декілька форм співучасті, які поділяються на види за двома критеріями – об'єктивним та суб'єктивним.

Класифікація форм співучасті за об'єктивним критерієм здійснюється залежно від того, яку роль у вчиненому кримінальному правопорушенні виконують співучасники. Відповідно до ст. 27 КК у кримінальному правопорушенні вони можуть виступати як виконавець, організатор, підбурювач та пособник [1]. У зв'язку з цим у науці кримінального права прийнято виділяти просту та складну форми співучасті.

Проста форма співучасті полягає в наявності лише одного виду співучасників – співвиконавців. Таким чином, за цієї форми співучасті відсутній розподіл ролей між співучасниками і всі вони виконують одну й ту саму роль – є виконавцями (ч. 2 ст. 27 КК). Складна ж форма співучасті характеризується поєднанням різних видів співучасників, передбачених у ч. 1 ст. 27 КК. За такої форми співучасті між співучасниками наявний розподіл ролей, тобто у вчиненні кримінального правопорушення поряд з виконавцем беруть участь особи, які виконують роль підбурювача, організатора або пособника.

Залежно від суб'єктивного критерію, а саме стійкості суб'єктивних зв'язків між співучасниками, у науці кримінального права виокремлюють чотири форми співучасті: 1) вчинення кримінального правопорушення групою осіб; 2) групою осіб за попередньою змовою; 3) організованою групою або 4) злочинною організацією. Характеристика кожної з них знайшла своє законодавче закріплення у ст. 28 КК.

Отже, якщо поділ співучасті на форми за об'єктивним критерієм на просту та складну має вагоме значення для призначення покарання кожному співучаснику (ч. 5 ст. 68 КК), то поділ за суб'єктивним критерієм, як ступінь стійкості зв'язків між співучасниками, насамперед впливає на кваліфікацію вчиненого (напр., ч. 4 ст. 187 КК, ст. 255, ст. 257 КК).

Водночас форми співучасті за об'єктивним та суб'єктивним критерієм не існують ізольовано одна від одної. Навпаки, вони одночасно характеризують вчинене кримінальне правопорушення, хоча і з різних аспектів, а тому мають узгоджуватися між собою. Тобто кожне кримінальне правопорушення, вчинене у співучасті, може бути проаналізоване з обох сторін – внутрішньої та зовнішньої. У результаті такого аналізу повинно бути встановлено дві форми: та, що впливає з розподілу ролей (проста чи складна), і та, що впливає зі стійкості зв'язків між співучасниками (вчинене без попередньої змови, за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією).

Втім передбачені у КК форми співучасті не завжди дозволяють виявити у вчиненому кримінальному правопорушенні одночасну наявність форм співучасті за об'єктивним та суб'єктивним критеріями, що призводить до проблем кваліфікації кримінальних правопорушень, вчинених у співучасті, у правозастосуванні.

Проаналізуємо таку ситуацію. А. самотійно починає вчиняти кримінальне правопорушення (наприклад, крадіжка, поєднана з проникненням у житло (ч. 3 ст. 185 КК)). Після проникнення у житло А. розуміє, що самотійно він не зможе винести з помешкання усе майно, яким прагне заволодіти, а тому телефонує своєму другу Б. та пропонує йому допомогти перевести викрадене ним майно на авто, що належить Б. Останній погоджується, приїжджає до будинку, після чого А. особисто переносить до автомобіля Б. викрадене майно.

У такому разі наявні всі ознаки вчинення кримінального правопорушення у співучасті. Спочатку з'ясуємо, яка форма співучасті за об'єктивним критерієм має місце у цьому разі.

Таке кримінальне правопорушення відповідає кількісній ознаці співучасті, адже вчиняється двома суб'єктами. Також у такому разі наявна інша об'єктивна ознака співучасті, а саме об'єктивна спільність:

1) Б. приєднався до А. на стадії незакінченого КП, тобто на стадії замаху на крадіжку з проникненням.

2) Має місце об'єднання зусиль, бо Б. допомагає А. протиправно заволодіти чужим майном шляхом надання транспортно-засобу для перевезення викраденого майна.

3) Наслідки вчиненого кримінального правопорушення є неподільними для обох учасників, адже вони спільними зусиллями заволоділи чужим майном.

4) Дії А. і Б. перебувають у причинному зв'язку з наслідками, що настали.

Наявність суб'єктивної ознаки, а саме спільного вчинення умисного кримінального правопорушення, підтверджується тим, що Б. свідомо погодився допомогти А. у вчиненні крадіжки.

Отже, таке діяння повністю відповідає положенню ст. 26 КК, що доводить наявність співучасті в діях А. та Б.

В аналізованій ситуації правопорушення буде єдиним для співучасників, однак покарання їм буде призначатися окремо, залежно від їх ступеня участі (ч. 5 ст. 68 КК), а тому необхідно визначити форму співучасті, виходячи з їхніх ролей. Переходячи на цей етап кваліфікації вчиненого, стикаємося з недосконалістю законодавчого врегулювання форм співучасті. У такій ситуації наявні два види співучасників: виконавець (А.) та пособник (Б.). Проте жодна з передбачених форм співучасті, закріплених у ст. 28 КК, не може бути встановлена у такому разі. Так, за кількісною ознакою таке діяння не може бути визнане вчиненим організованою групою (ч. 3 ст. 28 КК) чи злочинною організацією (ч. 4 ст. 28 КК). Водночас за кількістю учасників така поведінка підпадає під ознаки вчинення кримінального правопорушення групою осіб (ч. 1 ст. 28 КК) та вчинення кримінального правопорушення за попередньою змовою групою осіб (ч. 2 ст. 28 КК). Відповідно до ч. 1 ст. 28 ККУ кримінальне правопорушення визнається таким, що вчинене групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою [1]. Проте у зазначеній ситуації має місце розподіл ролей, а отже, така форма співучасті відсутня у діях А. і Б. Що стосується іншої форми співучасті, передбаченої ч. 2 ст. 28 КК, то вона має місце, якщо між співучасниками є попередня домовленість про спільне вчинення кримінального правопорушення. Така домовленість має виникнути до моменту вчинення кримінального правопорушення, тобто до моменту початку виконання об'єктивної сторони. Втім у наведеному прикладі Б. приєднується до А. на стадії замаху на крадіжку, тобто після того, як частину об'єктивної сторони А. вже виконав. Отже, у такому разі співучасть у формі попередньої змови також відсутня. Водночас, зважаючи на те, що у ч. 2 ст. 185 КК вчинення крадіжки за попередньою змовою групою осіб визнається кваліфікуючою ознакою, то кваліфікувати вчинене за ч. 2 ст. 185 КК виявляється неможливим.

У зв'язку з цим видається, що законодавче визначення всіх форм співучасті за обома критеріями поділу та узгодження їх характеристик між собою дозволили б уникнути подібних проблем у разі кваліфікації спільного вчинення кримінального правопорушення декількома особами та сприяли б правильному та чіткому встановленню конкретної форми співучасті на практиці.

Також наявна певна недосконалість кримінально-правових положень в аспекті визначення обставин, що обтяжують покарання. У п. 2 ч. 1 ст. 67 КК такою обставиною визнається вчинення кримінального правопорушення групою осіб за попередньою змовою (ч. 2 ст. 28 КК) або організованою групою (ч. 3 ст. 28 КК). Проте у ч. 4 ст. 28 КК зазначено, що кримінальне правопорушення визнається вчиненим злочинною організацією, якщо члени такого об'єднання зорганізувалися за попередньою змовою у стійке ієрархічне об'єднання. Натомість буквальне тлумачення положень п. 2 ч. 1 ст. 67 КК свідчить, що закон не визнає вчинення кримінального правопорушення злочинною організацією обставиною, що обтяжує покарання.

З метою подолання такого законодавчого недоліку у науці кримінального права пропонується широкое тлумачення змісту положень п. 2 ч. 1 ст. 67 КК. Так, С. Шапченко висловлює думку, що поняття «вчинення злочину групою осіб за попередньою змовою», «вчинення злочину організованою групою», «вчинення злочину злочинною організацією» співвідносяться між собою таким чином, що зміст кожного наступного поняття включає всі ознаки попереднього, а також має свої специфічні ознаки [8, с. 86]. Тобто вчинення кримінального правопорушення злочинною організацією охоплює собою зміст попередніх форм співучасті, передбачених у ч. 2 та 3 ст. 28 КК, а тому такі випадки також слід визнавати вчиненням кримінального правопорушення за попередньою змовою осіб.

Отже, видається, що для уникнення помилок у правозастосуванні доцільно удосконалити зміст п. 2 ч. 1 ст. 67 КК з урахуванням положення ч. 4 ст. 28 КК.

Висновок. Норми права потрібні для встановлення порядку та чіткої кваліфікації діянь особи. Кодекс – це нормативно-правовий акт, що об'єднує норми окремої галузі права, тим самим законодавчо врегульовує певну сферу суспільних відносин. Проте відсутність чітких правил та єдиного, встановленого законодавством України розуміння певних питань призводить до невизначеності та колізій кримінально-правових норм, внаслідок чого виникають проблеми в практичному застосуванні закону про кримінальну відповідальність. Зважаючи на те, що чинні положення КК, що визначають форми співучасті та їх значення для настання кримінальної відповідальності, не охоплюють усіх можливих способів об'єднання зусиль співучасників, видається доцільним удосконалити приписи ст. 28 та п. 2 ч. 1 ст. 67 КК, що дозволить уникнути помилок у правозастосуванні та складнощів у кваліфікації кримінального правопорушення у разі його вчинення у співучасті.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
2. Ткаченко В. Форма співучасті як кримінально-правове поняття. *Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка*. 2007. *Юридичні науки*. С. 144–146.
3. Дячкін О.П. Форми співучасті та їх значення для визначення суспільної небезпечності і кваліфікації злочинів. *Право і суспільство*. 2012. № 2. С. 206–214.
4. Шнейдер М.А. Соучастие в преступлении по советскому уголовному праву. Москва. 1958. 98 с.
5. Ковитиди О.Ф. Институт соучастия в уголовном праве Украины : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Одесса. 1999. 167 с.
6. Орловский Р. Формы соучастия в уголовном праве. *LEGEA SI VIATA*. 2014. MARTIE. С. 175–179.
7. Гродецький Ю.В., Мохончук П.С. Вчинення злочину групою осіб без попередньої змови. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2018. № 2 (11). С. 49–61.
8. Шапченко С.Д. Співучасть у злочині: постатейний коментар до розділу VI Загальної частини Кримінального кодексу України. *Законодавство України: науково-практичні коментарі*, 2003. № 9. С. 68–110.
9. Святенюк Н. Дифференциация ответственности и индивидуализация наказания за преступление, совершенное в соучастии. *Уголовное право*. 2008. № 3. С. 44–49.

СПІВВІДНОШЕННЯ ДОВІЧНОГО УВ'ЯЗНЕННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ ТА ПРАВО НА НАДІЮ У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

THE CORRELATION BETWEEN LIFE IMPRISONMENT UNDER THE CRIMINAL CODE OF UKRAINE AND THE RIGHT TO HOPE IN THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Шульженко Н.В., к.ю.н., доцент,
асистент кафедри кримінального права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Матвієнко В.В., студентка III курсу

Інститут прокуратури та кримінальної юстиції

Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Довічне позбавлення волі вважається найбільш суворим покаранням, що призначається у виняткових випадках за скоєння особливо тяжких злочинів. Натепер Україна є рекордсменом щодо кількості осіб, яким призначене покарання у вигляді довічного позбавлення волі. Застосування цієї санкції не визначається порушенням норм міжнародного права, проте проблемним залишається питання незабезпечення державою права звільнення особи від довічного покарання.

У статті описані проблеми питання права на звільнення особи, щодо якої застосоване довічне позбавлення волі. У рішенні Європейського суду з прав людини «Петухов проти України (№ 2)» констатується, що натепер відсутня в Україні достатня та чітка правова регламентація порядку звільнення особи, яка позбавлена волі довічно, що є підтвердженням відсутності реалізації в Україні права на надію, існує недосконалий механізм подання та розгляду клопотання про помилування довічно позбавленої особи, що лише передбачає абстрактну можливість бути звільненим [4]. Положення про помилування регламентує, що у разі вирішення питання про помилування одним з основних критеріїв є наявність обставин, що потребують особливо гуманного ставлення [7]. Відповідно до Кримінального кодексу України (далі – КК України) метою застосування покарання є саме виправлення особи та попередження нових злочинів, а існування довічного позбавлення волі без можливості звільнення цьому суперечить. Українське законодавство не передбачає можливості зменшення покарання, коли у виправленні засудженого є позитивні зміни.

У статті досліджено основні законопроекти, що були спрямовані на подолання цієї проблеми, та наведено власні пропозиції щодо удосконалення інституту звільнення осіб, що відбувають покарання у вигляді довічного позбавлення волі.

Ключові слова: право на надію, довічне позбавлення волі, клопотання про помилування.

Life imprisonment is considered to be the most severe punishment imposed in exceptional cases for committing particularly serious crimes. Today Ukraine holds the record for the number of people sentenced to life imprisonment. The application of this sanction is not determined by a violation of international law, but the issue of the state's failure to release a person from life imprisonment remains problematic.

The article is devoted to the problem of the right to release a person deprived of liberty for life. Analyzed the decision of the European Court of Human Rights "Petukhov v. Ukraine (No. 2)" states that currently there is a lack of sufficient and clear legal regulation of the release of a person deprived of liberty, which is a confirmation of the lack of realization in Ukraine of the right to hope. In particular, it was stated that at present there is an imperfect mechanism for filing and considering a petition for pardon of a person deprived of liberty for life, which only provides an abstract possibility to be released. The Pardon Regulation stipulates that one of the main criteria in resolving the issue of pardon is the existence of circumstances that require particularly humane treatment. According to the Criminal Code of Ukraine, the purpose of the punishment is to correct the person and prevent new crimes, and the existence of life imprisonment without the possibility of release contradicts this. Ukrainian law does not provide for the possibility of reducing the sentence based on changes in the convict, namely whether there has been progress in correction.

The main bills aimed at overcoming this problem have been studied and own proposals for improving the institution of release of persons serving a sentence of life imprisonment have been presented.

Key words: right to hope, life imprisonment, petition for pardon.

Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. (далі – Конвенція) проголошує абсолютне право людини не бути підданою тортурам, нелюдському або такому, що принижує гідність поводженню чи покаранню [1]. Стаття 10 Міжнародного пакту про громадянські права від 16.12.1966 р. наголошує, що метою існування пенітенціарної системи є виправлення та перевиховання ув'язнених осіб [2]. Відповідно до Рекомендації 2003(22) Комітету міністрів Ради Європи «Про умовно-дестрокове звільнення» від 24.09.2003 р. умовно-дестрокове звільнення має бути доступне особам, що довічно позбавлені волі, особа не має залишатися без права на надію [3].

Головним гарантом норм у площині людських прав у Європі вважається Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ). У березні 2019 року ЄСПЛ ухвалено рішення у справі «Петухов проти України (№ 2)», що набуло статусу остаточного 09.09.2019 р. [4]. Констатується, що наявні акти українського законодавства порушують міжнародно-правові норми в частині забезпечення

гарантій прав і свобод людини, яка притяглася до відповідальності та відбуває покарання довічно.

Незважаючи на загальновизнаність європейських норм, деякі стандарти не є реалізованими в українських реаліях.

Відповідно до статистичних даних чисельність довічно ув'язнених осіб на січень 2020 року становить 1536 осіб (2019 р. – 1541 особа, 2018 р. – 1572 особи, 2017 р. – 1579 осіб) [5].

Перспектива звільнення осіб, які відбувають довічне ув'язнення в Україні, досить обмежена. Довічно ув'язнені особи не можуть бути звільнені за амністією та не мають змоги клопотати про умовно-дестрокове звільнення або про заміну невідбутої частина покарання більш м'яким. Порушенням норм міжнародного права є незабезпечення державою права звільнення особи від довічного покарання, а не саме довічне ув'язнення [6].

Особа, яка відбуває довічне позбавлення волі, може реалізувати право на звільнення через процедуру помилування. Отже, варто коротко охарактеризувати порядок

помилування. Здійснюється воно Президентом України та регламентоване Положенням про порядок здійснення помилування від 21 квітня 2015 року № 223/2015 (далі – Положення) [7]. Основні положення цього нормативно-правового акта такі:

1. Можливість подання клопотання з'являється у особи після відбуття 20 років покарання.

2. Правом подання клопотання наділена засуджена особа, батьки засудженої особи, дружина, діти, інші члени родини та законний представник.

3. Засудженого можна помилувати, замінивши довічне ув'язнення на строкове позбавлення волі, не менш як на 25 років або повністю чи частково звільнити від основного та додаткового покарання. Спірним є питання відліку часу після зміни довічного позбавлення волі на строкове покарання. Через наявність законодавчої неточності є два варіанти: особа може бути звільнена після 25 років позбавлення волі (до відбуття 20 років додається ще 5 років) та після 45 років (до часу відбуття додається 25 років). У такому разі думки вчених розділились, є прихильники як сукупного відбуття покарання строком 45 років [8], так і 25 років [9].

4. Однією з підстав для помилування вважається «щире каяття, особа та поведінка засудженого». Варто зауважити, що в Україні відсутні механізми та виховні програми, які сприятимуть виправленню та реабілітації довічно ув'язненої особи.

5. У разі засудження особи за тяжкий, особливо тяжкий злочин або наявності двох та більше судимостей за скоєння умисних злочинів чи відбуття незначної частини призначеного покарання помилування відбувається лише у виняткових випадках та за наявності надзвичайних обставин. У рішенні «Петухов проти України (№ 2)» ЄСПЛ зазначає, що не є зрозумілим, що являють собою «виняткові випадки та надзвичайні обставини» [4].

6. До функцій Президента України належить лише помилування засуджених за рішенням Комісії, а відмова в помилуванні – компетенція Комісії. На думку М. Денисовського та І. Томчук, це напряму суперечить Конституції України, тому що помилування засуджених осіб сконцентроване в дорадчому органі, а не в органах державної влади [10].

7. Комісія при Президентові України у питаннях помилування не зобов'язана пояснювати причину відмови у помилуванні. ЄСПЛ у справі «Петухов проти України (№ 2)» зазначає, що прозорість системи застосування помилування має бути забезпечена [4].

Отже, у справі щодо України ЄСПЛ у своєму рішенні підсумував, що український процес помилування є «сучасним еквівалентом королівської прерогативи помилування», а не дієвим механізмом [4].

Рішення Європейського суду з прав людини «Петухов проти України (№ 2)», що набуло статусу остаточного 09.09.2019 р., практично зобов'язало реформувати українське законодавство щодо перегляду справ довічно ув'язнених осіб [4]. Також підтверджено, що довічно ув'язнена особа в Україні не має права на перегляд та скорочення строку відбування покарання, що суперечить ст. 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 р. ЄСПЛ у рішенні Вінтер та інші проти Сполученого Королівства від 09.07.2019 р. зауважує, що особи, засуджені до довічного позбавлення волі, повинні не тільки мати можливість дострокового звільнення, але й розуміти та знати, за якими критеріями відбувається розгляд цього питання [6].

Нині Міністерством юстиції України було подано проєкт щодо регламентації подання до Офісу Президента матеріалів клопотання про помилування та порядок виконання рішень Президента. Цей документ регламентує перелік документів, що має подати засуджений під час клопотання про звільнення, дії адміністрації уста-

нови щодо клопотання [11]. Видається, що урегулювання питання порядку не вирішує питання щодо порушення прав людини на відсутність права на звільнення.

Закон України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (далі – Закон) № 3477-IV від 23.06.2006 р. покладає такі обов'язки на державу щодо виконання судового рішення:

1) усунути причини порушення Україною Конвенції та її протоколів;

2) впровадити в українське судочинство європейські стандарти прав людини;

3) створити умови, які допоможуть зменшити кількість звернень до ЄСПЛ проти України [12].

Рішення ЄСПЛ – джерело права, що зобов'язує суд у своїй діяльності застосовувати практику Європейського суду. Виконання рішень Суду відбувається за умови, що Україна є стороною рішення. У разі винесення рішення щодо іншої країни-учасниці українські судді, вирішуючи спори, можуть посилатися на судову практику ЄСПЛ [13]. Аналіз судової практики свідчить, що суди досить часто ігнорують рішення ЄСПЛ щодо довічного позбавлення волі та перегляду рішень такого покарання.

Наприклад, Велика Палата Верховного Суду України (далі – ВПВС України) 01 квітня 2019 року розглядала справу щодо перегляду наявних судових рішень щодо громадянина А. за виключними обставинами. Він вимагав урахувати всі міжнародні норми та рішення «Петухов проти України (№ 2)» [4] і призначити покарання з можливістю умовно-дострокового звільнення від його відбування. Суд зазначив, що стосовно громадянина А. не було постановлено рішення міжнародним судом, тому він не є особою, яка має право подати заяву про перегляд судових рішень судами України за виключними обставинами [13]. Подібне рішення винесене ВПВС України й 17 грудня 2019 року. Громадянин Б. вимагав перегляду рішення шляхом заміни довічного ув'язнення на строкове позбавлення волі – 15 років [14]. У рішенні «Савонюк проти Сполученого Королівства» № 63716/00 від 29 травня 2001 року ЄСПЛ зазначив, що питання про відповідність строку ув'язнення та покарання не входить до компетенції Конвенції. Проте непом'якшувальне довічне позбавлення волі вважається порушенням статті 3 ЄКПЛ [15].

Як зазначається у ст. 2 Закону України № 3477 та статті 46 Конвенції, Україна зобов'язана виконати остаточне рішення ЄСПЛ у справі, в якій вона є стороною. Справа «Петухов проти України (№ 2)» стала відомою своїм рішенням щодо реформування системи пом'якшення довічного покарання [4]. Проте наразі Україна не виконала рішення ЄСПЛ щодо поновлення прав громадянина. 8 липня 2020 року ВПВС України винесла остаточне рішення щодо заяви про порушення питання про перегляд судового рішення через невиконання державою додаткових заходів індивідуального характеру. Суд постановив, що наразі не відбулось жодних змін на законодавчому рівні щодо порядку та умов перегляду рішення про довічне ув'язнення. Зважаючи на це, Верховний Суд не має можливості розглядати питання про перегляд покарання, а саме довічного позбавлення волі [16].

Це свідчить про наявність законодавчих прогалин у механізмі звільнення від довічного ув'язнення, тому доцільним є реформування цього інституту.

У Верховній Раді України було зареєстровано Проєкт Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України № 4049 від 03.09.2020 р. Пропонується внести зміни до КК України шляхом запровадження можливості звільнення довічно ув'язнених осіб. Пропонується коригування ст. 82 КК України: «Невідбута частина покарання у вигляді обмеження, позбавлення волі або покарання у вигляді довічного позбавлення волі можуть бути замінені судом більш

м'яким покаранням, строк якого обчислюється з дня заміни невідбутої частини покарання або покарання у вигляді довічного позбавлення волі більш м'яким». Зокрема, особа, що ув'язнена довічно, має право на заміну покарання у вигляді довічного позбавлення волі на позбавлення волі строком від 15 до 20 років, якщо засуджений відбув не менше 10 років [17]. У такому разі безумовно позитивним є визначення моменту початку обчислення строку більш м'якого покарання. Конструкція нової статті свідчить про те, що заміна покарання може мати місце за наявності лише однієї умови – відбуття не менше 10 років позбавлення волі, що є неправильним, зважаючи на ступінь тяжкості скоєного та особу винного. Надалі у проєкті Закону зазначається, що особа має право на заміну невідбутої частини покарання більш м'яким після відбуття особою не менше трьох чвертей строку покарання, призначеного судом за умисний особливо тяжкий злочин, у разі заміни покарання у вигляді довічного позбавлення волі на покарання у вигляді позбавлення волі на певний строк. Правом здійснювати умовно-дострокове звільнення та заміну невідбутої частини покарання більш м'яким законопроект наділяє колегію у складі трьох суддів [17]. На нашу думку, законопроект після доопрацювання може стати основою для позитивних змін щодо звільнення осіб, довічно позбавлених волі.

Аналізуючи все вищевикладене, вважаємо, що необхідно реформувати законодавство, що регулює питання пом'якшення покарання довічно ув'язнених осіб, а саме:

1. Внести зміни до КК України шляхом введення окремої статті, присвяченої заміні невідбутої частини покарання більш м'яким для довічно ув'язнених осіб. Після відбуття особою 10 років позбавлення волі вона має

право клопотати щодо розгляду справи про пом'якшення покарання. Зокрема, під час розгляду клопотання будуть враховуватися: поведінка засудженого за час перебування у в'язниці, результати відвіданих реабілітаційних програм, стан відшкодування завданого збитку або усунення заподіяної шкоди. Також, думається, що доцільною є участь засудженої особи у судовому засіданні, де вона матиме змогу відповідати на запитання суду.

2. Підтримуючи позицію авторів Проєкту Закону про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України № 4049 від 03.09.2020 р., погоджуємось, що варто редагувати статтю щодо умовно-дострокового звільнення, де зазначити, що після заміни довічного ув'язнення на позбавлення волі особа отримує право на умовно-дострокове звільнення після відбуття нею трьох чвертей строку. Відповідно до Конституції України правосуддя здійснюється виключно судами. Тому, думається, що оптимальним є наділення суддів повноваженнями щодо звільнення у складі колегії з трьох суддів [17].

3. Думається, що потрібно надати засудженим право на оскарження судового рішення щодо пом'якшення покарання у загальноприйнятій строки для судового рішення.

4. Важливим є запровадження національних програм, що сприятимуть розвитку та виправленню засуджених довічно як у в'язниці, так і після неї. Метою таких програм має бути допомога ув'язненим усвідомити свій злочин та проаналізувати обставини, що до них призвели. Варто допомогти засудженим у зміцненні психологічних механізмів особистого контролю за проявом агресії.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 10.02.2021).
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Пакт від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 09.02.2021).
3. Рекомендація «Про умовно-дострокове звільнення» від 24.09.2003 р. № Rec (2003) 22. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_665#Text (дата звернення: 09.02.2021).
4. Петухов проти України (№ 2) : Рішення Європейського суду з прав людини від 12.03.2019 р. Заява № 41216/13. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d98#Text (дата звернення: 11.02.2021).
5. Кримінально-виконавча система України в 2020 році. Статистичний огляд. URL: <http://ukrprison.org.ua/articles/1581323348>.
6. Винтер и другие против Соединенного Королевства : Решение от 09.07.2013 р. Заявления № 66069/09, 130/10 и 3896/10. URL: <http://khrpg.org/1408522184> (дата звернення: 09.02.2021).
7. Указ Президента «Положення про порядок здійснення помилування» від 21.04.2015 р. № 223/2015: станом на 22 серп. 2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/223/2015#Text> (дата звернення: 11.02.2021).
8. Бараш Є.Ю. Інститут помилування в Україні та світі : дис. ... д-ра юрид. наук. Київ, 2018. 174 с. URL: <https://urlid.ru/cc3c>.
9. Корольчук В.В. Забезпечення принципу дії закону про кримінальну відповідальність у часі. *Актуальні питання вдосконалення процедури помилування* : зб. матеріалів круглого столу (23 березня 2016 р.). Київ : Ін-т крим.-викон. служби, 2016. С. 52.
10. Денисовський М., Томчук І. Здійснення помилування за законодавством України та зарубіжних країн: проблемні аспекти. *Часопис Київського університету права*. 2020. № 1. С. 301–306.
11. Проєкт Указу Президента України «Про внесення змін до Положення про порядок здійснення помилування, затвердженого Указом Президента України від 21.04.2015 № 223». URL: http://materialy.kmu.gov.ua/3d59037d/docs/d8ed94d5/Proekt_ukazu_Prezidenta_Ukrayini.pdf.
12. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» : Закон України від 23.06.2006 р. № 3477-IV: станом на 2 груд. 2012 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 10.02.2021).
13. Школа С.М. Кримінально-правові проблеми застосування амністії та здійснення в Україні : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.08. Київ, 2003. 248 с. С. 121–122.
14. Велика Палата Верховного Суду : Ухвала від 01.04.2019 р. № 13-13зв019. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/80918891>.
15. Велика Палата Верховного Суду України : Ухвала від 13.12.2019 р. № Провадження № 13-99зв019. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86468657> (дата звернення: 11.02.2021).
16. Sawoniuk Guilty of War Crime. *BBC News*. URL: http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/309559.stm (дата звернення: 11.02.2021).
17. Велика Палата Верховного Суду України : Постанова від 08.07.2020 р. № Справа № 1-42/2004. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90411145> (дата звернення: 11.02.2021).
18. Про внесення змін до Кодексу України про адміністративні правопорушення, Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо виконання рішень Європейського суду з прав людини : Проєкт Закону від 03.09.2020. № 4049.

РОЗДІЛ 9

КРИМІНАЛЬНИЙ ПРОЦЕС ТА КРИМІНАЛІСТИКА; СУДОВА ЕКСПЕРТИЗА; ОПЕРАТИВНО-РОЗШУКОВА ДІЯЛЬНІСТЬ

УДК 343.1(73):004.45.5-027.552

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/124>

ВИКОРИСТАННЯ ТА ЗАХИСТ ПЕРСОНАЛЬНИХ ДАНИХ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ СПОЛУЧЕНИХ ШТАТІВ АМЕРИКИ

USE AND PROTECTION OF PERSONAL DATA IN THE CRIMINAL PROCESS OF THE UNITED STATES OF AMERICA

Бабаєва О.В., к.ю.н., доцент,
асистентка кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ахмедова А.О., студентка III курсу міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Гахраманова І.Б., студентка III курсу міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена дослідженню особливостей правового регулювання порядку отримання, використання та захисту персональних даних у кримінальному процесі Сполучених Штатів Америки (далі – США). У статті розкрито сутність Четвертої поправки до Конституції США (далі – Четверта поправка) в контексті отримання та використання персональних даних крізь призму деяких нормативно-правових актів та рішень Верховного Суду США (далі – ВС США). Також проаналізовано сутність тристоронньої доктрини, що розглядається як виняток із Четвертої поправки з огляду на обмеження її дії на виключне коло осіб у контексті рішення ВС США у справі «США проти Вердуго-Урквідес». Крім того, проаналізовано Федеральний закон США «Про недоторканність приватного життя» 1974 року, який є одним з основних нормативно-правових актів, який спрямований на регулювання питання захисту персональних даних. Проаналізовано методи збирання інформації, що містить персональні дані, зокрема: 1) використання брокерів комерційних даних; 2) застосування адміністративних та судових повісток; 3) електронне спостереження та доступ до електронних повідомлень. Висвітлено характерні риси та особливості нормативного регулювання, переваги та недоліки кожного із зазначених методів.

Окрему увагу зосереджено на забезпеченні захисту конфіденційності персональних даних у практичному правовому полі. Так, зокрема, проаналізовано рішення ВС США «Акціонерне товариство «Сузлон Енерджі» проти Microsoft» та «Тієріна проти Уолтерса». У першій справі визначено історичну цінність Федерального закону США «Про конфіденційність електронних повідомлень», який, до речі, регулює третій метод збору персональних даних, та зазначено, на яких суб'єктів поширюється його дія. Встановлено, що особливості другої справи є те, що у ній констатовано випадки розголошення персональної інформації для так званого «Routine use», яку Федеральний закон США «Про недоторканність приватного життя» розглядає як розкриття інформації з метою, для якої вона була зібрана. А також розглянуто види та особливості перебігу строку позовної давності у справах про захист персональних даних.

Ключові слова: персональні дані, тристороння доктрина, «Routine use», судовий ордер, Четверта поправка Конституції США, методи збору інформації, адміністративні повістки.

The article is devoted to the research of features of legal regulation of reception, use and protection of personal data in the criminal procedure of the United States of America (hereinafter – the USA). The article uncovers the sense of the Fourth Amendment to the Constitution of the USA (hereinafter – the Fourth Amendment) in context of reception and use of personal data with a help of some legal acts and Supreme Court of the USA decisions. Also there is an analysis of the sense of «tripartite doctrine», which is considered as exception to the Fourth Amendment in view of the limitation of its effect on an exceptional category of people in context of Supreme Court decision in case «The USA v. Verdugo-Urquidez». Moreover, there is an analysis of Privacy act of 1974, which is one of the mail legal acts and regulates the question of personal data protection. The article also analyzes the methods of collecting of information that contains personal data, for example: 1) use of commercial data brokers; 2) application of administrative and judicial subpoenas; 3) electronic surveillance and access to electronic messages. The features and peculiarities of legal regulation, advantages and disadvantages of each of the mentioned methods are highlighted.

Special attention is paid to providing protection of personal data privacy in practice. Thus, Supreme Court decisions in cases «Suzlon Energy Ltd v. Microsoft Corp.» and «Tijerina v. Walters» are analyzed. The historical value of Electronic Communications Privacy Act, which by the way regulates the third method of personal data collecting, is defined and the list of subjects covered by its action is noted. The article constitutes, that the feature of the second case is that it contains the occasions of disclosure of information under Routine Use, which is defined by Electronic Communications Privacy Act as disclosure of information including the purpose of such disclosure. The types and features of statute of limitations in cases of personal data protection are also noted.

Key words: personal data, tripartite doctrine, Routine use, judicial warrant, Fourth Amendment to the Constitution of the USA, collecting information methods, administrative subpoenas.

Постановка проблеми. Натепер в Україні, як і по всьому світу, набуває поширення процес діджиталізації, що має свої переваги та недоліки. До першого можна віднести передусім полегшення життя суспільства, оскільки нині кожна людина може отримати освітні, державні та інші послуги, не виходячи з дому. Негативним же аспектом цифровізації багатьох сфер життя є недостатня урегульованість

питання захисту персональних даних. Так, у своїй доповіді Уповноважена Верховної Ради України з прав людини звернула увагу на проблематику захисту персональних даних та, зокрема, відзначила велику кількість звернень, що стосуються незаконного втручання у права осіб щодо захисту їхньої персональної інформації. Такими втручаннями здебільшого є порушення недоторканності особистого і сімей-

ного життя під час здійснення діяльності зі стягнення грошового зобов'язання, витребування згоди на обробку даних у випадках, коли така згода не повинна бути надана, а також незаконне поширення персональних даних, наприклад, у соціальних мережах та різноманітних месенджерах [1, с. 21]. Саме тому важливим аспектом у контексті визначених питань є аналіз та використання зарубіжного досвіду розвинутих держав, зокрема США.

Аналізуючи законодавство США, слід зазначити, що воно не має чіткої системи нормативно-правових актів, які регулюють питання захисту персональних даних. Натомість у цій державі наявна розгалужена система актів, які регулюють питання конфіденційності як на федеральному, так і на рівні штатів. Проте, незважаючи на відсутність чіткої ієрархії, у США наявне демократичне ставлення до захисту персональних даних, що виявляється у захисті прав не тільки громадян, а й іноземців та осіб без громадянства. Крім того, законодавство США спрямоване на захист прав осіб не тільки "de jure", але й "de facto", що можна спостерігати відповідно до судової практики. Отже, врахування досвіду розвинутих зарубіжних держав у сфері використання та захисту персональних даних є необхідною запорукою охорони фундаментальних прав та свобод особи у контексті реформування національної правової системи.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання використання та захисту персональних даних ставали предметом наукового дослідження в національній доктрині таких учених, як: В.І. Теремецький, Д.В. Цвірюк, А.В. Туні, В.Г. Пилипчук, В.М. Брижко, М.А. Вазорова, К.С. Мельник, О.Д. Сидельніков, О.І. Яременко. Серед зарубіжних науковців розгляд визначеної проблематики здійснювали К.Д. Хуфнегл, Ч. Дойль, Ш. Бойн, Р. Хейсті, М. Суб'яллі, С. Чабінські, П. Пітман, Р. Джейн та інші.

Метою статті є аналіз теоретичних і практичних аспектів отримання, використання та захисту персональних даних у кримінальному процесі США, а також виявлення недоліків та переваг його нормативного регулювання.

Виклад основного матеріалу. У законодавстві США є низка законів, дія яких спрямована на регулювання питань, що стосуються отримання та захисту персональних даних, проте предметом нашого дослідження будуть лише деякі з них, а саме: Конституція США, Закон «Про недоторканність приватного життя» 1974 року [2], Закон «Про конфіденційність електронних повідомлень» 1986 року [2], Закон «Про прослуховування телефонних розмов» [2], Закон «Про збережені повідомлення» [2] та Закон «Про реєстратор набраних номерів» [2].

Так, Четверта поправка гарантує право особи на охорону особистості, житла, майна, паперів від необґрунтованих обшуків і арештів. Необґрунтованим у такому разі вважається обшук або арешт без належного оформленого на те ордеру, тобто судового наказу, який повинен містити законні підстави такого обшуку або арешту та докладний опис місця, що підлягає обшуку, та предметів, які підлягають арешту [3, с. 11]. Але важливим моментом є те, що навіть за відсутності одного з цих пунктів ордер вважається таким, що має законну силу. Слід зазначити, що захистом Четвертої поправки користуються тільки резиденти цієї країни. Такого висновку дійшов ВС США у справі «США проти Вердуго-Урквідес», де агенти з Управління по боротьбі з наркотиками провели обшук у житлі резидента Мексики та вилучили документи, що підтверджували його причетність до розповсюдження наркотиків. Відповідач стверджував, що ці докази слід визнати недопустимими, оскільки вони отримані без ордеру, натомість ВС зазначив, що, оскільки підсудний є громадянином Мексики, на нього це положення Конституції не поширюється [4]. Винятком з цього правила також є персональні дані, які надані третім особам, наприклад банкам чи телефонним компаніям. У такому разі

ці дані, наприклад банківські записи, діють під впливом тристоронньої доктрини ("third-party doctrine"), зміст якої полягає у тому, що доступ до таких даних правоохоронні органи можуть отримати без законного ордеру, тобто такі дані не користуються механізмом «захисту недоторканності приватного життя» [5, с. 10].

Закон «Про недоторканність приватного життя» 1974 р. є одним з основних нормативно-правових актів, який спрямований на захист персональних даних. Нормативні положення цього закону спрямовані на регулювання порядку збору, обробки, використання персональних даних всіма видами агентств, включаючи правоохоронні органи. Деякі вчені зазначають, що цей акт є аналогом європейських актів про захист персональних даних. Прикладом може слугувати Директива Європейського Союзу (далі – ЄС) 2016/680 Європейського Парламенту та Ради ЄС про захист фізичних осіб у разі обробки персональних даних компетентними органами з метою запобігання, розслідування, виявлення або переслідування кримінальних правопорушень або виконання кримінальних покарань, а також щодо вільного руху таких даних [6]. Певна «нормативна схожість» цих законодавчих актів полягає, зокрема, у дотриманні різноманітних принципів у разі здійснення обробки персональних даних, таких як: а) принцип «прозорості» ("transparency") передбачає інформування громадськості про існування системи особистих даних шляхом опублікування такої інформації у Федеральному реєстрі; б) принцип цільового використання персональних даних, тобто агентство повинне збирати та зберігати тільки ту інформацію, яка є необхідною для досягнення поставленої ними мети; 3) принцип точності, повноти, актуальності інформації, яку збирає, зберігає агентство [5, с. 11].

Ще однією спільною рисою у правовому регулюванні захисту персональних даних ЄС та США є наявність окремого співробітника або навіть спеціального підрозділу, який слідкує за дотриманням правил обробки інформації. Так, відповідно до Директиви ЄС такою особою є Інспектор з питань захисту даних [6], у США цим займається не окремий співробітник, а спеціальний підрозділ: Управління з питань невтручання у приватне життя Міністерства національної безпеки та Управління з питань невтручання у приватне життя та цивільних свобод Міністерства юстиції США [5, с. 12]. Але принциповою різницею є те, що у ЄС функцію щодо дотримання захисту персональних даних здійснює незалежний орган, а в США – підрозділи державних органів, що може слугувати підставою для сумнівів щодо прозорості та чесності діяльності таких органів.

Щодо Закону «Про недоторканність приватного життя», то слід зазначити, що він гарантує особам право на доступ до зібраної щодо них інформації, виправлення її у разі неправдивості деяких її частин. Суб'єкт таких даних також може подати три види позовів до суду: два з яких стосуються порушення його права на доступ та виправлення його персональних даних та один – на отримання компенсації за незаконне розкриття персональних даних. Але важливим аспектом є те, що особа не може подати перші два позови щодо порушення наданих їй Законом прав правоохоронними органами, оскільки останні звільнили свої бази даних від виконання вимог зазначеного закону. Тобто у такому разі особа може подати тільки позов для отримання компенсації за незаконне злиття інформації щодо неї [5, с. 11]. Таким чином, Перша поправка Конституції США, яка гарантує право особи на подання скарги у разі порушення її прав, не поширює свою дію на діяльність правоохоронних органів щодо обробки персональних даних.

Під час розслідування кримінальних правопорушень правоохоронним органам США дозволено застосовувати такі методи збирання персональних даних: 1) використання брокерів комерційних даних (брокери даних – це

компанії, які самостійно або з чиеюсь допомогою збирають дані про особу з різноманітних Інтернет-ресурсів та продають її третім особам для різних цілей. До таких персональних даних можуть належати: ім'я, вік, стать, освіта, ідентифікаційний код, паспортні дані, рід занять, дохід, дані про нерухомість та інше); 2) застосування судових та адміністративних повісток (адміністративна повістка – це документ, який вручається федеральними агентствами без здійснення попереднього судового контролю щодо необхідності надання такої повістки фізичним особам, який зобов'язує останніх з'явитися до них та дати показання або надати документи, які є необхідними для розслідуваного ними кримінального правопорушення); 3) електронне спостереження та доступ до електронних повідомлень, що дозволяється лише за наявності постанови суду. Зазначені методи збирання персональних даних є досить суперечливими, оскільки не гарантують належного захисту персональних даних особи [5, с. 15].

Розглядаючи перший метод збирання інформації, що містить персональні дані, слід зазначити, що правоохоронні органи наділені правом отримувати інформацію від комерційних та некомерційних організацій, таких як брокери даних, про яких ми зазначили вище, або безпосередньо звертатися до онлайн-ресурсів, тобто соціальних мереж [5, с. 15]. У такому разі брокери даних виступають певними посередниками між фізичною особою та правоохоронними органами. Такий спосіб отримання інформації є набагато легшим, оскільки правоохоронним органам не треба самостійно шукати всю необхідну інформацію. Спектр інформації про фізичну особу, яку знаходять брокери даних, справді вражає, і це не стосується лише місця проживання особи або її віку. Знаючи лише ім'я особи або її адресу, брокери даних можуть отримати інформацію про все нерухоме майно, що має особа, транспортні засоби, зброю, всі позови, які вона колись подавала до суду, активи, свідоцтво про реєстрацію шлюбу, борги, дані карток тощо. Законодавство США не регулює діяльність брокерів даних, тому така їх практика не має правових обмежень. Співробітництво між брокерами даних та правоохоронними органами полягає в тому, що перші продають зібрану ними інформацію другим, на основі чого останні складають досє на кожну потрібну їм особу. Як зазначають деякі вчені, це є проявом свавілля з боку правоохоронних органів та порушенням Закону «Про недоторканність приватного життя», оскільки отримання інформації таким чином створює ризик для порушення права особи на захист її персональних даних, тому що така інформація може бути використана в політичних або особистих цілях [7, с. 597]. Це питання було також предметом обговорення Комісії з питань щодо недоторканності приватного життя особи, яка зазначає, що таким чином порушується баланс між владою та народом, що призводить до підвищення впливу першого шляхом застосування досить легкого способу отримання інформації щодо окремих осіб та людей загалом [7, с. 597].

Наступним методом отримання інформації правоохоронними органами є застосування адміністративних та судових повісток. Адміністративна повістка, як уже було зазначено, – це документ, який надається адміністративними органами фізичним особам для того, щоб останні прибули до суду і надали показання, документи або допомогу першим у здійсненні покладених на них функцій. Адміністративні повістки є дещо неординарним інструментом для отримання інформації в ході кримінального розслідування, але не є і маловідомим. Уперше ідея про застосування адміністративних повісток у кримінальних справах виникла на 108-му засіданні Конгресу США, де Президент запропонував розширити межі застосування такого виду повісток. Зазвичай такі повістки застосовуються у кримінальних справах щодо шахрайства, жорсткого поводження з дітьми, кримінальних правопорушень проти статеві

недоторканності особи та інше. Такі повістки повинні відповідати декільком вимогам: 1) відповідати умовам дозвільного статуту такого органу; 2) запитувані документи мають відношення до розслідування; 3) запитувана інформація не повинна перебувати у володінні правоохоронних органів; 4) приведення у виконання повістки не передбачатиме собою зловживання судовим процесом [8]. У разі недотримання особою обов'язку щодо з'явлення до суду за адміністративною повісткою Генеральний прокурор США відповідно до §1386 Кодексу США має право звернутися до суду, до територіальної юрисдикції якого належить розгляд такого кримінального правопорушення. Наслідком такого звернення, відповідно до зазначеного розділу, є те, що суд видає розпорядження, яким зобов'язує особу з'явитися до Генерального прокурора для дачі показань або для надання необхідних документів [2]. На осіб, які дають показання, поширюється П'ята поправка Конституції США, яка гарантує право особи не свідчити проти себе [3]. Є думка, що отримання інформації шляхом видачі адміністративної повістки є порушенням Четвертої поправки, оскільки документи надаються адміністративним органам без оформленого на те ордеру.

Основним законом, що регулює третій метод збирання інформації, є Закон «Про конфіденційність електронних повідомлень» 1986 р., який діє на федеральному рівні. Цей нормативно-правовий акт складається ще з трьох документів, а саме: 1) Закону «Про прослуховування телефонних розмов»; 2) Закону «Про збережені повідомлення»; 3) Закону «Про реєстратор набраних номерів». Відповідно до цього акта всі повідомлення, які можуть отримати органи розслідувань, поділяється на три типи: а) інформація отримана через дротові зв'язки й телефонні повідомлення, які являють собою голосові повідомлення, що проходять через телефон або кабельний дріт; б) усні повідомлення, тобто такі, які висловлені особисто за умови, що особа вважала, що таке повідомлення має конфіденційний характер; в) електронні повідомлення, які розглядаються як сигнали, звуки, зображення, листи, що передаються через кабель, електромагнітну, фотооптичну, фотоелектронну систему [5, с. 17]. До речі, перший тип повідомлення користується найбільшою захищеністю порівняно з іншими. Положення Закону «Про прослуховування телефонних розмов» застосовуються в тих випадках, коли органи розслідування бажать отримати текст повідомлення з необхідної їм телефонної розмови шляхом прослуховування. Для реалізації цієї дії прокурор по кримінальних справах повинен звернутися до суду та отримати відповідну постанову. Але обов'язковою умовою є доведення необхідності проведення такої дії. Тобто прокурор повинен довести суду наявність підстав щодо готування або вчинення кримінального правопорушення, а також те, що шляхом перехоплення такого телефонного дзвінка та прослуховування розмови органи розслідування зможуть отримати необхідну їм інформацію [5, с. 17]. Таким чином, вимоги до доведеності підстав проведення такої негласної дії мінімізують ризики прослуховування інформації, що не має жодного відношення до розслідуваного кримінального правопорушення.

Положення Закону «Про збережені повідомлення» застосовуються до записів та повідомлень, які зберігаються двома видами провайдерів послуг: провайдерами, що надають послуги електронного зв'язку, та провайдерами, що надають віддалені обчислювані послуги. Таким чином, перший тип провайдерів дає можливість відправляти та отримувати електронні повідомлення, наприклад шляхом створення облікового запису в електронній пошті; другий тип надає послуги щодо зберігання та обробки персональної інформації особи у так званому “cloud”. Також законодавством США передбачений спеціальний порядок отримання тексту повідомлень з електронної пошти: для отримання змісту повідомлень, які зберігаються менше

180 днів, правоохоронним органам досить надати звичайний ордер на обшук. У разі, якщо таким повідомленням понад 180 днів, правоохоронні органи мають два варіанти: або можуть надати судову чи адміністративну повістку з повідомленням особи та з отриманням постанови суду про те, що така інформація є справді необхідною, або знову ж таки отримати таку інформацію за допомогою ордера на обшук. Слід зазначити, що законодавство США дозволяє отримання такої інформації та розголошення її лише тією мірою, якою це є необхідним для розслідуваного ними кримінального правопорушення [5, с. 18]. Крім того, Кодекс США, а саме § 2517, дозволяє правоохоронним органам, у тому числі слідчому, розкривати таку інформацію іншим співробітникам. У разі порушення вимог Закону «Про збережені повідомлення» посадові особи підлягають або цивільній, або кримінальній відповідальності залежно від характеру правопорушення [2].

Аналізуючи Закон «Про реєстратор набраних номерів», слід зазначити, що він стосується здебільшого метаданих, пов'язаних з телефонними дзвінками, Інтернет-повідомленнями та сайтами, які відвідувала фізична особа (таким шляхом можна отримати IP-адрес та визначити місцезнаходження особи). Для отримання такого роду інформації також необхідним є отримання судового ордера за умови наявності підстав, що така інформація має відношення до розслідуваного кримінального правопорушення. Але цікавим фактом є те, що цим законом передбачено право замовчування правоохоронних органів про факт «спостереження» за такою особою, тобто у двох попередніх законах правоохоронні органи протягом 90 днів після закінчення розслідування повинні повідомити фізичну особу про те, що вона була об'єктом спостереження [5, с. 18–19]. До того ж в ордері щодо отримання метаданих не зазначаються ніякі обмеження щодо обробки та поширення такої інформації, що, на нашу думку, є недоліком цього нормативно-правового акта та потребує виправлення, оскільки «злиття» такої інформації або її використання у непередбачених кримінальних розслідуваннях межах може призвести до порушення права особи, гарантованого Четвертою поправкою.

Розглянувши питання захисту персональних даних на законодавчому рівні, неможливо не приділити увагу щодо визначеної проблематики практики ВС США як невід'ємної складової частини джерел права цієї держави. Це є необхідним для розуміння підходу до вирішення правового спору щодо захисту персональних даних, але вже у практичному аспекті.

Так, відповідно до обставин справи акціонерного товариства «Сузлон Енерджі» проти корпорації Microsoft AT «Сузлон Енерджі» вимагало від останнього обліковий запис електронної пошти Раджагопалана Східхара, громадянина Індії, проте Microsoft відмовилася від надання таких відомостей. Окружний суд погодився із таким рішенням, оскільки це відповідає положенням Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень».

Щодо обставин цієї справи: AT «Сузлон Енерджі» звернулося до Microsoft для отримання облікового запису електронної пошти Східхара на підставі пункту 28 Кодексу США § 1782 [2]. Відповідно до положення цього пункту окружний суд відповідної території, в якому проживає особа, може надати останній показання або інформацію щодо іншої особи для використання нею цих даних у судовому процесі в іноземному чи міжнародному трибуналі. Слід наголосити, що така інформація може надаватися лише за умови наявності судового прохання або згоди будь-якої зацікавленої особи. Microsoft зазначила, що якщо вона б надала такі дані щодо Східхара акціонерному товариству, то це вважалось б порушенням Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень». Саме тому «Сузлон Енерджі» звернулося до ВС США, щоб домогтися скасування рішення окружного суду та отримати інформацію з облікового запису електронної пошти Східхара.

Першим питанням, яке викликало сумніви, було: «Чи поширюються положення Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень» на іноземців. Отже, виникла суперечка з приводу того, чи поширюються положення пункту 28 Кодексу США та Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень» на іноземців, зважаючи на те, що там міститься конструкція «будь-яка зацікавлена особа». Натомість ВС США підтвердив, що позиція окружного суду з приводу того, що «будь-яка особа» охоплює також й іноземних громадян, є правильною [2]. Таким чином, відповідно до висновку ВС дія Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень» поширюється на громадян США, іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб, які: 1) використовують електронні комунікаційні сервіси; 2) належним чином уповноважені на використання таких сервісів. Така думка також знаходить свій прояв у справі «O'Rourke проти Міністерства юстиції США» [11].

Також слід зазначити, що AT «Сузлон Енерджі» вказувало на те, що Закон «Про конфіденційність електронних повідомлень» покликаний для того, щоб захищати положення Четвертої поправки, яка поширює свою дію виключно на громадян США, обґрунтовуючи це таким твердженням: «З появою комп'ютеризованих систем зберігання інформації в американців з'явилася можливість блокувати особисту та ділову інформацію... Закон повинен розвиватися разом із технологіями для того, щоб Четверта поправка не втрачала своєї сили... Конгрес повинен діяти так, щоб захищати інтереси громадян США... Комітет вважає, що Закон повинен забезпечувати баланс між конфіденційністю американців та законними потребами правоохоронних органів». Проте ВС США дійшов висновку, що, незважаючи на те, що Закон «Про конфіденційність електронних повідомлень» повинен захищати громадян США на підставі Четвертої поправки, це зовсім не означає, що він не повинен захищати інтереси іноземців та осіб без громадянства. Навпаки, Закон «Про конфіденційність електронних повідомлень» має бути спрямований на захист усіх внутрішніх обмінів повідомленнями не тільки громадян США, але й іноземців, осіб без громадянства та юридичних осіб. Іншою проблемою було те, що «Сузлон Енерджі» стверджувало, що воно заздалегідь отримало дозвіл Східхара на отримання відомостей з його облікового запису, на що ВС відповів, що має сумніви через нелогічність такого твердження. Таким чином, розглянувши всі обставини справи, Суд дійшов висновку, що «Сузлон Енерджі» не отримувало згоду на отримання даних з облікового запису електронної пошти Східхара.

Отже, зважаючи на те, що положення Закону США «Про конфіденційність електронних повідомлень» поширюються на іноземців, ВС США підтвердив відмову окружного суду щодо надання даних з облікового запису електронної пошти Східхара. [9]

Втім проблема поширення дії Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень» не є єдиною у законодавстві США щодо захисту персональних даних. Прикладом також може слугувати справа «Тієріна проти Уолтерса», відповідно до обставин якої Марія Тієріна та Лоренцо Тієріна подали заявку на отримання позики на допомогу ветеранам. У заяві Лоренцо Тієріна зазначив, що він працює у Ісаака Барфілда та надіслав форму, заповнену Барфілдом про працевлаштування. Проте під час випадкової перевірки Адміністрацією у справах ветеранів було виявлено, що пан Тієріна сам заповнив форму-підтвердження працевлаштування. Дізнавшись про це, Адміністрація у справах ветеранів звернулася до Офісу Генерального інспектора для проведення розслідування. Своєю чергою останній звернувся до Генерального прокурора США, який відмовився виступати обвинувачем у цій справі через недостатність доказів. Коли Адміністрація у справах ветеранів стало відомо, що пан Тієріна мав скласти адвокатський іспит у Техасі, заступник

Генерального інспектора Адміністрації у справах ветеранів надіслав до екзаменаційної комісії адвокатів у Техасі лист, у якому була зазначена інформація щодо фальсифікації паном Тієріним документів для отримання позики на допомогу ветеранам. Також у листі зазначалося, що Адміністрація готова надати будь-яку детальну інформацію щодо пана Тієріна, що і було зроблено надалі. В результаті чого Марія Тієріна та Лоренцо Тієріна подали позов про порушення захисту персональних даних на підставі Конституції США, Закону «Про недоторканність приватного життя» та Закону «Про свободу інформації».

Для вирішення справи Суд звернувся до положень Закону США «Про недоторканність приватного життя». Підрозділ b цього Закону зазначає, що підприємствам, установам і організаціям заборонено розголошувати інформацію про особу будь-якої іншої особи або органу. Проте є винятки, відповідно до яких інформація може бути розголошена у порядку “Routine use”, яку Закон визначає як розголошення з метою, з якою вона була зібрана. При цьому для того щоб розкрити інформацію, орган, який безпосередньо розголошує цю інформацію, зобов’язаний внести до Федерального реєстру примітку «згідно з положеннями “Routine use” (для наданої системи записів), включаючи категорію користувачів і мету такого використання. Наприклад, Адміністрація у справах ветеранів стверджувала, що відповідно до “Routine use five” до Закону «Про недоторканність приватного життя» органами публічної влади може бути розголошена інформація у випадках, коли є підстави вважати, що має місце підозра про скоєння злочину. Проте ВС заперечив проти “Routine use five” до Закону «Про недоторканність приватного життя», адже в цьому разі інформація може бути передана тільки органам, що провадять розслідування. На що Адміністрація зазначила, що відповідно до “Routine use three” органи публічної влади можуть надавати інформацію про особу у відповідь на офіційні запити органів, що мають надати такій особі ліцензію, як у нашому випадку, на зайняття адвокатською діяльністю. Та головним контраргументом ВС США було те, що екзаменаційна комісія не вимагала інформації щодо пана Тієріна, оскільки саме заступник Генерального інспектора був першим, хто запропонував її надати.

Ще однією підставою для відмови окружного суду в задоволенні позову Лоренцо Тієріна стала позовна давність, яку встановлює Закон «Про недоторканність приватного життя» щодо позовів, які подаються для захисту персональних даних. Окружний суд не задовольнив позов подружжя Тієріна через порушення ними строку подання позовної заяви. У законодавстві передбачено два види перебігу позовної давності – жорсткий та менш жорсткий. Окружний суд застосував у цьому разі перший вид перебігу позовної давності, сутність якого полягає у тому, що перебіг позовної давності у справах про захист персональних

даних становить два роки з дня порушення права на такий захист (слід мати на увазі, що цим днем вважається день, коли позивач не міг ще дізнатися про таке порушення). У менш жорсткому перебігу відлік часу починається з дня, коли позивач дізнався про таке порушення, строк у цьому випадку також становить два роки. Проте ВС не погодився з позицією застосування жорстокого перебігу, зазначаючи, що у цьому разі слід усе ж таки застосувати менш жорсткий перебіг позовної давності, тому що це буде більш справедливо стосовно позивача [10].

Висновок. Таким чином, на підставі проведеного аналізу можна зазначити, що правове регулювання захисту персональних даних у кримінальному процесі США не можна вважати простим та однозначним. Це, зокрема, полягає в існуванні досить розгалуженої системи законодавчих актів, які певним чином суперечать один одному, та відсутності єдиного федерального закону, який значним чином полегшив би регулювання питання захисту конфіденційності та кібербезпеки. Ще одним недоліком є застарілість цих законів, які, на жаль, не відповідають у деяких своїх положеннях сучасним реаліям. Проте в контексті визначеної проблематики «на допомогу з’являються» рішення ВС США, в яких інтерпретуються положення цих численних законів та певним чином доповнюються з урахуванням усіх проблем, що існують на практиці. Досить сумнівними, на нашу думку, є деякі методи збору інформації правоохоронними органами, особливо це стосується отримання персональних даних особи від комерційних брокерів, що, як уже зазначалося, породжує ризик порушення права особи на захист її персональної інформації. Крім того, незрозумілим залишається сутність тристоронньої доктрини, оскільки її положення прямо суперечать Четвертій поправці Конституції США. Так, вважаємо, що будь-яка інформація, що стосується особи, повинна бути отримана лише на підставі судового ордеру (рішення), що підтверджуватиме законність такої дії з боку правоохоронних органів.

Проте поряд із недоліками є й переваги підходу до регулювання захисту персональних даних у США. Передусім, це стосується поширення положень Закону «Про конфіденційність електронних повідомлень» не лише на громадян США, але й на іноземців та осіб без громадянства, що своєю чергою гарантує захист від свавілля з боку держави всіх осіб, а не лише резидентів. Разом з тим досить суперечливим є те, що Четверта поправка Конституції США не поширює свою дію на іноземців, що породжує певні колізії, оскільки зазвичай усі законодавчі акти повинні відповідати Конституції та ґрунтуватися на її приписах. Ще однією вагомою перевагою законодавства США у сфері захисту персональних даних є те, що дані осіб захищаються у будь-якому разі, навіть якщо через захист таких прав може бути нанесена шкода морально-етичним принципам органів публічної влади.

ЛІТЕРАТУРА

1. Щорічна доповідь Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини про стан додержання та захисту прав і свобод людини і громадянина в Україні. Уповноважена Верховної Ради України з прав людини. Київ, 2020. URL: file:///C:/Users/User/Downloads/zvit_2020_rik_%20(1).pdf (дата звернення: 23.04.2021).
2. Code of Laws of the United States of America. 1926. 53 titles. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text> (дата звернення: 23.04.2021).
3. The Constitution of the United States of America of 17th September 1787. URL: <https://constitutioncenter.org/media/files/constitution.pdf> (дата звернення: 23.04.2021).
4. United States v. Verdugo-Urquidez. 494 U.S. 259, 110 S. Ct. 1056. 1990. URL: <https://core.ac.uk/download/pdf/144226381.pdf> (дата звернення: 23.04.2021).
5. The US legal system on data protection in the field of law enforcement. Safeguards, rights and remedies for EU citizens. *DIRECTORATE GENERAL FOR INTERNAL POLICIES. POLICY DEPARTMENT C: CITIZENS' RIGHTS AND CONSTITUTIONAL AFFAIRS*. 2015. P. 36. URL: https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/519215/IPOL_STU%282015%29519215_EN.pdf (дата звернення: 23.04.2021).
6. Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties. Entered in force in 5th of May, 2016. P. 89. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A02016L0680-20160504> (дата звернення: 23.04.2021).

7. Chris J. Hoofnagle. Big Brother's Little Helpers: How ChoicePoint and Other Commercial Data Brokers Collect and Package Your Data for Law Enforcement, 29 N.C. J. INT'L L. 595. 2003. Volume 29. URL: <https://scholarship.law.unc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1774&context=ncij> (дата звернення: 23.04.2021).

8. Charles Doyle. Administrative Subpoenas in Criminal Investigations: A Brief Legal Analysis. *Congressional Research Service. The Library of Congress*. 17th of March. URL: <https://fas.org/sgp/crs/intel/RL33321.pdf> (дата звернення: 23.04.2021).

9. Suzlon Energy Ltd. v. Microsoft Corp., 10-35793. 9th Cir. 2011. URL: <https://cases.justia.com/federal/appellate-courts/ca9/10-35793/10-35793-2011-10-03.pdf?ts=1411064222> (дата звернення: 23.04.2021).

10. Tjjerina v. Walters 821 F.2d 789. D.C. Cir. 1987. URL: <https://casetext.com/case/tjjerina-v-walters> (дата звернення: 23.04.2021).

11. Shawn Boyne. Data Protection in the United States. *The American Journal of Comparative Law*. No. 66. July 2018. URL: https://www.researchgate.net/publication/326257651_Data_Protection_in_the_United_States (дата звернення: 23.04.2021).

БЮРО ЕКОНОМІЧНОЇ БЕЗПЕКИ УКРАЇНИ В СИСТЕМІ ОРГАНІВ КРИМІНАЛЬНОЇ ЮСТИЦІЇ

ECONOMIC SECURITY BUREAU OF UKRAINE IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

Бабасва О.В., к.ю.н., доцент,
асистентка кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Дядик В.О., студентка III курсу
міжнародно-правового факультету
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті здійснено аналіз нормативного регулювання діяльності Бюро економічної безпеки України як органу кримінальної юстиції, що здійснюватиме розслідування кримінальних правопорушень у сфері економіки, створення якого передбачене ухваленим 22 березня 2021 року Законом України «Про Бюро економічної безпеки України» (далі – Закон). Досліджено основні передумови та підстави впровадження цього органу в систему органів кримінальної юстиції України. Проаналізовано зміст міжнародних зобов'язань України, які були одними з передумов ухвалення Закону, та вплив цих зобов'язань на законодавче врегулювання правового статусу Бюро економічної безпеки України. Особливу увагу в статті приділено аналізу поставлених перед Бюро економічної безпеки України завдань, обсягу наданої компетенції та визначеній підслідності. Предметом дослідження також стали передбачені Законом форми й методи діяльності цього органу та впровадження ризик-орієнтованого підходу в його роботу (з огляду на специфіку створення такого органу як аналітичного). Крім цього, проаналізовано статус й особливості функціонування закордонних органів, в основу діяльності яких покладено аналогічні методи у здійсненні своїх функцій. У статті викладено наслідки створення Бюро економічної безпеки України, а саме щодо ліквідації податкової міліції, та встановлено, які підрозділи Служби безпеки України підлягають ліквідації у зв'язку зі створенням нового органу з розслідування кримінальних правопорушень у сфері забезпечення економічної безпеки держави. З огляду на це, необхідним було визначення порядку та ймовірних труднощів в процесі отримання матеріалів досудового розслідування Бюро економічної безпеки, які належать до його підслідності, але наразі ще перебувають у віданні органів, що підлягають ліквідації. Результатом цього є те, що кінцевою метою було визначення саме подальших перспектив функціонування цього органу в умовах сьогодення (з урахуванням закріплених Законом функцій, завдань, компетенції, структури, порядку добору кадрів, специфіки розслідування кримінальних правопорушень та ін.).

Ключові слова: орган кримінальної юстиції, система органів кримінальної юстиції, кримінальні правопорушення у сфері економіки, підслідність, аналітичний орган, ризик-орієнтований підхід.

The article analyzes the normative regulation of the Economic Security Bureau of Ukraine as a body of criminal justice, which will investigate criminal offenses in the economy, the creation of which is provided by the Law of Ukraine (hereinafter – the Law) “On the Economic Security Bureau of Ukraine” adopted by the Verkhovna Rada of Ukraine on March 22, 2021. The main preconditions and bases of introduction of this body in the system of criminal justice bodies of Ukraine are investigated. The content of Ukraine’s international obligations, which were one of the preconditions for the adoption of this Law, and the impact of the content of these obligations on the legislative registration of the legal status of Economic Security Bureau of Ukraine are analyzed. Particular attention in the article is paid to the analysis of the tasks set before the Economic Security Bureau of Ukraine, the scope of the competence and the defined jurisdiction. The subject of the study also became the forms and methods of activity of this body provided by the Law and the introduction of a risk-oriented approach to its work, taking into account the specifics of creating such a body as an analytical one. Therefore, in addition, the status and features of the functioning of foreign bodies were analyzed, which are based on the activities of similar methods in the exercise of their functions. The article outlines the consequences of the establishment of the Bureau of Economic Security of Ukraine, namely the liquidation of the tax police and establishes which units of the Security Service of Ukraine are subject to liquidation in connection with the establishment of a new body to investigate criminal offenses. In view of this, it was necessary to determine the procedure and possible difficulties in obtaining the materials of the pre-trial investigation of the Bureau of Economic Security, which are under its jurisdiction, but are still under the jurisdiction of the bodies to be liquidated. As a result, the ultimate goal was to determine the further prospects for the functioning of this body in today’s conditions, taking into functions, tasks, competencies, structure, recruitment procedures, the specifics of the investigation of criminal offenses laid down by the Law.

Key words: body of criminal justice, criminal justice system, criminal offenses in the field of economy, jurisdiction, analytical body, risk-oriented approach.

Актуальність. З ухваленням у 2012 році Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) система органів кримінальної юстиції постійно зазнає суттєвих змін. Так, у процесі реформування створюються нові органи та інституції (Національне антикорупційне бюро України, Державне бюро розслідувань, Національне агентство з питань розшуку та виявлення активів тощо), завдання яких є протидія злочинності й захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень, охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження, а також забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду.

Із метою оптимізації організаційно-функціональної структури та, відповідно, чисельності органів, що здійснюють протидію правопорушенням у сфері економіки, усунення дублювання їх функцій і створення єдиного правоохоронного органу, завданням якого буде виявлення,

розслідування та розкриття економічних правопорушень, а також запобігання та попередження їх вчиненню в майбутньому, Верховною Радою України 22 березня 2021 року ухвалено Закон України «Про Бюро економічної безпеки України», відповідно до якого в Україні створюється Бюро економічної безпеки України (далі – БЕБУ) як центральний орган виконавчої влади, на який покладаються завдання щодо протидії правопорушенням, що посягають на функціонування економіки держави [1].

Особливістю створення та діяльності БЕБУ є не тільки здійснення останнім досудового розслідування кримінальних проваджень виключної підслідності, а й запровадження нової моделі кримінальної розвідки у поєднанні з кримінальним аналізом (аналітикою), базуваним процесом досудового розслідування на системі Intelligence Led Policing (далі – ILP-модель) тощо. Таким чином, виникає необхідність в аналізі нормативного регулювання задля визначення

завдань, функцій та повноважень БЕБУ, а також його місця в системі органів кримінальної юстиції.

Метою статті є дослідження передумов та підстав створення БЕБУ, аналіз нормативного регулювання специфіки його діяльності, завдань, функцій та повноважень, особливостей законодавчого регулювання правового статусу його службових/посадових осіб, а також специфіки розслідування кримінальних правопорушень, визначення місця БЕБУ в системі органів кримінальної юстиції та перспектив його подальшого функціонування.

Аналіз останніх досліджень. Питання системи, структури, функцій та перспектив реформування органів кримінальної юстиції неодноразово ставали предметом дослідження таких науковців, як І.О. Беззуб, І.В. Бондаренко, А.В. Головач, А.Є. Голубов, Т.Є. Дунаєва, Ю.В. Гаруст, В.П. Кохан, О.М. Литвак, В.І. Мельник, Г.Г. Мошак, О.М. Овчаренко, О.В. Сердюк, Н.В. Топчий, М.О. Черкасов, О.Г. Шило, О.О. Шуміло, П.В. Шумський та ін. З огляду на те, що БЕБУ є новоствореним органом кримінальної юстиції, діяльність якого має розпочатись у 2021 році, виникає необхідність у ґрунтовному науковому дослідженні нормативного регулювання особливостей та порядку його функціональної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Питання щодо реформування органів кримінальної юстиції України завжди є доволі дискусійним, адже будь-які реформи мають бути стратегічно обґрунтованими, несуперечливими й, що найголовніше, системними. Їх доцільність зумовлена важливістю оптимізації системи органів кримінальної юстиції задля усунення дублювання повноважень правоохоронних органів, запобігання випадкам зловживання службовим становищем їх службовими/посадовими особами, а також установлення відповідності їх компетенції та повноважень сучасному стану розвитку злочинності, зокрема у сфері економічних відносин, задля ефективності їх діяльності.

Отже, аналізуючи положення Закону, можемо зазначити, що БЕБУ є новоствореним органом у системі кримінальної юстиції, який забезпечуватиме реалізацію правоохоронних функцій держави відповідно до своєї підслідності, а саме у сфері економічних правопорушень. Його функціональна спрямованість полягатиме не лише у викритті, припиненні та розслідуванні злочинів, а й у запобіганні злочинності.

На тлі постійних змін, які стосуються всіх сфер суспільного життя, зокрема й економічної, та з урахуванням міжнародної практики, дійсно, наявна необхідність у реформуванні діяльності системи органів кримінальної юстиції в частині протидії правопорушенням у сфері функціонування економіки. Передумовами цього є, зокрема, усунення дублювання повноважень дійсних правоохоронних органів, необхідність оптимізації їх організаційно-функціональної структури та вдосконалення методів протидії кримінальним правопорушенням, запобігання зловживанню службовим становищем і, як наслідок, мінімізація тиску на бізнес, виведення економіки з тіні, мінімізація втрат бюджету шляхом саме запобігання вчиненню економічних правопорушень та ін. Бо дотепер система органів правопорядку в Україні (у сфері розслідування економічних правопорушень) провадила свою діяльність так, що стосовно одного суб'єкта господарювання та навіть щодо одних і тих же претензій стосовно проведення господарських операцій кримінальні провадження могли відкривати підрозділи не тільки Національної поліції, а й Служби безпеки України, податкової міліції та Державного бюро розслідувань, а іноді, як показує практика, й усіма цими правоохоронними органами водночас (за наявності «особливих заслуг» у суб'єкта господарювання) [2].

Таким чином, однією з передумов створення БЕБУ як єдиного органу з чітко визначеною компетенцією й підслідністю щодо розслідування злочинів у економічній сфері стала саме необхідність усунення дублювання

функцій правоохоронних органів. Досягнення такої мети у Законі забезпечуватиметься, зокрема, ліквідацією податкової міліції та таких двох підрозділів СБУ, як контррозвідувальний захист економіки держави та боротьба з корупцією та організованою злочинністю. Аналіз розділу VI «Прикінцеві та перехідні положення» Закону свідчить про такі зміни в Законі України «Про СБУ»: виключено із завдань СБУ захист економічного потенціалу України, а також попередження, виявлення, припинення та розкриття організованої злочинної діяльності у сфері економіки. Доцільність такого напрямку реформи вбачали й науковці. Так, А.В. Головач під час аналізу напрямків реформування системи кримінальної юстиції виділяє, серед іншого, доцільність реорганізації системи органів досудового розслідування шляхом функціонального відмежування їх діяльності від діяльності розвідувальних і контррозвідувальних органів, як-от СБУ [3, с. 208].

Так, у контексті визначення виключної підслідності слід звернути увагу на те, що зі змін, які планується внести до КПК у зв'язку з ухваленням Закону, вбачається, що до підслідності детективів БЕБУ буде зараховано досудове розслідування кримінальних правопорушень, передбачених статтями розділу VII про кримінальні правопорушення у сфері господарської діяльності: 199, 204, 205-1, 206, 212, 212-1, 218-1, 219, 220-1, 220-2, 222, 222-1, 223-1, 223-2, 224, 229, 231, 232, 232-1, 232-2, 233 Кримінального кодексу України (далі – ККУ).

Крім того, детективи БЕБУ здійснюватимуть досудове розслідування кримінальних правопорушень, передбачених статтями 206-2, 210, 211 ККУ, якщо розслідування таких кримінальних правопорушень не належить до підслідності Національного антикорупційного бюро України. Якщо під час розслідування зазначених кримінальних правопорушень установлені кримінальні правопорушення, передбачені статтями 192, 200, 216, 358, 366 ККУ, вчинені особою, стосовно якої здійснюється досудове розслідування, або іншою особою, якщо вони пов'язані з кримінальними правопорушеннями, вчиненими особою, щодо якої здійснюється досудове розслідування, то такі правопорушення розслідуються детективами органів БЕБУ (підслідність за зв'язком проваджень) [4].

Ще однією метою вказаного реформування є впровадження нових форм та методів у діяльності досліджуваного органу: вдосконалення методики збирання, обробки й аналізу інформації з метою запобігання вчиненню економічних правопорушень. Отже, створення БЕБУ та одночасна ліквідація податкової міліції має на меті заміну силових правоохоронних органів, що здійснювали розслідування кримінальних правопорушень в економічній сфері, на змішаний з аналітичним складником у його діяльності. Це є логічним наслідком припинення панування суто каральної парадигми у сфері кримінальної юстиції і, відповідно, зміщення фокусу діяльності й на інші її функції, зокрема превентивну.

Досягнення мети щодо створення БЕБУ як аналітичного правоохоронного органу (відповідно до Закону) здійснюватиметься, зокрема, шляхом упровадження ризик-орієнтованого підходу в його діяльності та посади аналітика як особи, що здійснюватиме кримінальний аналіз із метою виконання завдань БЕБУ. Відповідно до ст. 4 Закону основні завдання БЕБУ полягають у: 1) виявленні зон ризиків у сфері економіки шляхом аналізу структурованих і неструктурованих даних; 2) оцінюванні ризиків і загроз економічній безпеці держави, напрацюванні способів їх мінімізації та усунення; 3) наданні пропозицій щодо внесення змін до нормативно-правових актів із питань усунення передумов створення схем протиправної діяльності у сфері економіки; 4) забезпеченні економічної безпеки держави шляхом запобігання, виявлення, припинення, розслідування кримінальних правопорушень, що посягають на функціонування економіки держави; 5)

збиранні та аналізі інформації про правопорушення, що впливають на економічну безпеку держави, та визначення способів запобігання їх виникненню в майбутньому; 6) плануванні заходів у сфері протидії кримінальним правопорушенням, зарахованим до його підслідності; 7) виявленні та розслідуванні правопорушень, пов'язаних з отриманням та використанням міжнародної технічної допомоги; 8) складанні аналітичних висновків і рекомендацій для державних органів із метою підвищення ефективності прийняття ними управлінських рішень щодо регулювання відносин у сфері економіки [1].

Включення аналітичного компонента у свою діяльність, що підтверджується змістом завдань БЕБУ, визнається доцільним на сучасному етапі, адже деякі науковці вказують, що правоохоронна діяльність характеризується не тільки її спрямованістю на охорону права як механізм виявлення правопорушень, розслідування та прийняття рішень щодо застосування заходів юридичної відповідальності, а й різноманітністю форм впливу на потенційні реальні загрози праву, як-от профілактична робота [5, с. 18]. Тому запровадження аналітичної моделі протидії економічним правопорушенням (на протигагу силовій), на думку авторів законопроекту, має призвести до зменшення податкового тиску на платників податків, чим сприяти налагодженню партнерських відносин між бізнесом та органами контролю.

Важливим також є те, що створення БЕБУ як аналітичного органу, який здійснюватиме протидію правопорушенням у сфері функціонування економіки держави, є складником міжнародних зобов'язань України відповідно до Меморандуму про економічну та фінансову політику з МВФ та Меморандуму про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та ЄС як Кредитором (щодо отримання Україною макрофінансової допомоги ЄС). Згідно з Меморандумом про економічну та фінансову політику з МВФ метою створення органу фінансових розслідувань є консолідація повноважень щодо розслідування економічних злочинів у єдиний слідчий орган [6, с. 13]. Наявність зобов'язань такого змісту зумовлена тим, що аналітичний підхід у роботі таких органів засвідчений провідною практикою держав Європейського Союзу. Наприклад, аналітична діяльність лежить в основі поширеної в країнах ЄС ІІР-моделі правоохоронної діяльності. Її суть полягає у тому, що саме кримінальний аналіз ставиться в центр правоохоронної діяльності. Як зазначають науковці, застосування ІІР-моделі полягає у систематичному збиранні й оцінюванні інформації за допомогою аналітичного методу, в результаті чого отримані дані перетворюватимуться на стратегічні та аналітичні продукти, що підкріплюватимуть фактичними даними процес ухвалення обґрунтованих управлінських рішень [7, с. 8]. Тобто результатом діяльності за цією моделлю є виявлення негативних тенденцій та злочинних схем без втручання у функціонування бізнесу і прийняття зважених рішень.

Таким чином, зі змісту Закону убачається, що впровадження вказаної моделі в основу діяльності БЕБУ має підвищити ефективність його функціонування шляхом введення такого напрямку, як кримінальний аналіз, здійснення якого покладатиметься на аналітика цього органу, який за результатами своєї діяльності створюватиме аналітичні продукти. Відповідно до Закону аналітичний продукт є результатом аналітичного дослідження інформаційно-аналітичних підрозділів БЕБУ, який складений письмово з використанням інформації, що міститься в інформаційних системах БЕБУ та інших джерелах, зокрема в заявах або повідомленнях про вчинення кримінального правопорушення. Висновки, що містяться в такому аналітичному продукті, обов'язково мають ґрунтуватися на матеріалах кримінальних проваджень та оперативно-розшукової діяльності, а також на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх ризиків у сфері економіки.

Конкретним прикладом використання аналогічних методів у своїй діяльності є Фінансова гвардія Італії. Цьому органу відводиться особлива роль у забезпеченні практичної реалізації державної політики у сфері забезпечення економічної безпеки Італії. Фінансова гвардія протидіє правопорушенням у цій сфері шляхом застосування саме превентивних заходів, тобто веде профілактичну роботу з метою недопущення нанесення шкоди економічній безпеці. Але крім того, співробітники Фінансової гвардії за відповідних підстав уповноважені проводити слідчі дії, збирати необхідні інформаційні відомості та вживати інших легальних заходів для успішної й ефективної протидії економічним правопорушенням. Як зазначає І. Беззуб, італійська Фінансова гвардія виконує одночасно функції податкової поліції, податкової інспекції, митних та прикордонних органів, натомість повноважень самостійно застосовувати карні заходи не має [8]. Тобто її функції зводяться до проведення оперативно-розшукової діяльності та досудового розслідування правопорушень, які належать до його підслідності, що відповідає й законодавчо закріплені функціям БЕБУ. Таким чином, можемо стверджувати, що обраний державою напрям реформування української системи органів кримінальної юстиції є частиною взятих Україною на себе зобов'язань та необхідним кроком на шляху до адаптації українського законодавства до європейських стандартів у сфері забезпечення економічної безпеки.

З іншого боку, виходячи зі змісту Закону, покладений в основу функціонування БЕБУ аналітичний підхід не виключає можливість застосування поліцейських заходів під час здійснення діяльності із запобігання, виявлення, припинення та розслідування кримінальних правопорушень, що належать до його підслідності. Перелік таких заходів є вичерпним і до нього входять: перевірка документів, опитування та поверхнева перевірка особи; зупинення транспортного засобу; вимога залишити місце й обмеження доступу на визначену територію; обмеження пересування особи чи транспортного засобу або фактичного володіння річчю; проникнення до житла чи іншого володіння особи в невідкладних випадках, які пов'язані лише з безпосереднім переслідуванням осіб, підозрюваних у вчиненні кримінального правопорушення; застосування таких поліцейських заходів примусу, як фізичний вплив (сила), застосування спеціальних засобів або вогнепальної зброї. Важливим також є те, що застосовувати такі заходи наділені правом лише особи, які мають спеціальні звання БЕБУ, окрім працівників інформаційно-аналітичного підрозділу.

Варто зауважити, що створення БЕБУ має супроводжуватись відповідальним підходом до добору кадрів (відповідно до вищезазначених міжнародних зобов'язань України). Так, Меморандумом про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та ЄС як Кредитором передбачено, що одним із ключових принципів діяльності новоствореного органу має бути політична й функціональна незалежність, яка досягатиметься шляхом конкурсного й заснованого на професійній компетентності відбору керівника [9]. Положення аналогічного змісту викладено і в Меморандумі про економічну та фінансову політику з МВФ, де зазначено, що законом буде встановлено чіткі правила щодо відбору керівництва (призначення керівника органу шляхом відкритого конкурсу). Дійсно, ухвалений Закон визначає, що особливий порядок конкурсного відбору, призначення й звільнення Директора БЕБУ та його заступників, а також інших працівників є гарантією незалежності цього правоохоронного органу. Очоловатиме БЕБУ Директор, який призначається на посаду Кабінетом Міністрів України за поданням Прем'єр-міністра України, яке формується за пропозицією комісії з проведення конкурсу. Склад комісії визначатиметься таким чином: по три особи визначають Рада національної безпеки і оборони

України та Кабінет Міністрів України, дві особи визначені Верховною Радою України за поданням комітету з питань системи оподаткування та одна особа – парламентом за поданням комітету з питань організації та діяльності правоохоронних органів, оперативно-розшукової діяльності. Участь громадськості в цій конкурсній комісії забезпечується тим, що кандидатури, які визначаються Верховною Радою України, мають бути обраними з представників громадських об'єднань, професійних спілок та їх об'єднань, асоціацій, організацій роботодавців та їх об'єднань, недержавних засобів масової інформації, які зареєстровані в установленому порядку. Строк повноважень Директора становить п'ять років із можливістю обіймання цієї посади не більше двох строків підряд. Щодо працівників БЕБУ, то в Законі зазначається, що прийняття громадян на службу до БЕБУ без проведення конкурсу забороняється. Відповідна конкурсна комісія утворюється Директором БЕБУ. Встановлено, що на службу прийматимуться в добровільному порядку громадяни, які здатні за своїми особистими, діловими та моральними якостями, віком, освітнім і професійним рівнем та станом здоров'я ефективно виконувати відповідні службові обов'язки. Отже, конкурсний підхід до формування штату співробітників БЕБУ має на меті забезпечення неможливості надання жодних переваг кандидатам, які наразі працюють в правоохоронних органах.

Як уже було зазначено, свою діяльність БЕБУ має розпочати через шість місяців після дня набрання Законом чинності, тобто не пізніше 25 вересня 2021 року. Відповідно до Закону матеріали кримінальних проваджень, що належать до підслідності БЕБУ й на початок його діяльності перебувають в іншому органі досудового розслідування на стадії досудового розслідування, протягом двох місяців передаються відповідному прокурору в кримінальному провадженні, який приймає рішення щодо них. Те саме стосується й матеріалів, які перебувають на стадії досудового розслідування в органах досудового розслідування, що здійснюють контроль за додержанням податкового законодавства (тобто податкової міліції). Як зазначає О. Співак, на практиці це може означати, що на певний період можливе втручання у діяльність бізнесу відразу декількох органів (БЕБУ, Національної поліції, СБУ), адже прийняття рішення про передачу матеріалів та подальшу долю кримінальних проваджень залишається дискрецією відповідного прокурора [10].

Варто також зазначити, що редакція законопроекту, підготовленого до другого читання, в перехідних положеннях уже не містила норм про внесення відповідних змін до ККУ та КПК. Це пояснюється тим, що (зміни до кримінального процесуального законодавства України та до законодавства України про кримінальну відповідальність можуть вноситися виключно законами про внесення змін до кримінального процесуального законодавства України та/або до законодавства про кримінальну відповідальність, та/або до законодавства України про адміністративні правопорушення відповідно до ч. 3 ст. 1 КПК та ч. 6 ст. 3 ККУ). Наразі Верховною Радою України в першому читанні взято за основу відповідний законопроект «Про внесення змін до адміністративного та кримінального законодавства щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України», тому комітет Верховної Ради України з питань правоохоронної діяльності має його доопрацювати з урахуванням зауважень і пропозицій та внести його на розгляд парламенту в другому читанні. Вважаємо, що внесення відповідних змін до кримінального законодавства України є однією з головних передумов належного функціонування БЕБУ.

Висновки. Задля розвитку України як демократичної та правової держави, де утвердження й забезпечення прав і свобод людини є головним обов'язком держави, а також визнається й діє принцип верховенства права, існує нагальна потреба у забезпеченні функціонування органів та установ кримінальної юстиції, які здійснюють запобігання, виявлення, припинення кримінальних правопорушень та притягнення винних у їх вчиненні осіб до кримінальної відповідальності. У цьому контексті ухвалення Закону України «Про Бюро економічної безпеки України» є черговою спробою оптимізувати структуру системи органів кримінальної юстиції та підвищити ефективність її функціонування у сфері протидії економічним правопорушенням. Важливість такого реформування підкреслюється тим, що завдяки діяльності органів кримінальної юстиції у сфері забезпечення функціонування економіки держави мають належним чином захищатися економічні інтереси як держави, так і представників бізнесу. Натомість досягнення такого балансу стає неможливим в умовах наявної кількості органів, що здійснюють розслідування економічних правопорушень.

Найголовнішими передумовами ухвалення аналізованого Закону можемо визначити такі: неефективність дійсного підходу до розслідування правопорушень у сфері економіки, необхідність оптимізації структури та чисельності правоохоронних органів й усунення дублювання їх функцій щодо розслідування цього виду правопорушень, наявність в Україні міжнародних зобов'язань, впровадження нових методів і форм у правоохоронну діяльність у цій сфері, акцентуючи увагу саме на попередженні та запобіганні вчиненню економічних правопорушень. Таким чином, БЕБУ створюється як центральний орган виконавчої влади, який буде єдиним правоохоронним органом у сфері протидії правопорушенням, що посягають на функціонування економіки держави.

Важливим під час створення й налагодження роботи відповідного органу вважаємо врахування міжнародної практики як запоруки дотримання і належного виконання міжнародних зобов'язань України. Запроваджуючи модель, що ефективно працює в зарубіжних державах (як ІЛР-модель), необхідно її пристосовувати й до національних реалій. Таким чином, ефективне реформування має місце у разі впровадження нового, але за допомогою дієвих механізмів реалізації саме в наявних умовах. Результатом цього є впровадження ІЛР-моделі в основу функціонування БЕБУ, що виявляється у введенні в його діяльність кримінального аналізу, що здійснюватиметься його аналітиками, які за результатами своєї діяльності створюватимуть відповідні аналітичні продукти.

Залучення громадськості, наявність конкурсного добору та відсутність автоматичного переведення працівників податкової міліції, що ліквідується, на посади співробітників БЕБУ, на нашу думку, є передумовою прозорості та неупередженості процедури відбору кадрів і, як наслідок, ефективної діяльності відповідного органу.

Отже, за умови належного функціонування БЕБУ має сприяти підвищенню рівня довіри до діяльності системи кримінальної юстиції як звичайних громадян, так і представників бізнесу, а від ефективності його аналітичної діяльності залежатиме мінімізація кількості правопорушень у сфері економіки. Фактична ж можливість здійснення повноважень та виконання завдань БЕБУ залежить також від унесення відповідних змін до кримінального процесуального законодавства та законодавства про кримінальну відповідальність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Бюро економічної безпеки України : Закон України від 28 січня 2021 р. №1150-ІХ / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1150-IX> (дата звернення: 26.04.2021).

2. Бучинський Й. Бюро економічної безпеки України: крок уперед чи зміна декорацій? URL: <https://www.ukrinform.ua/rubric-polytics/3207322-buro-ekonomichnoi-bezpeki-ukraini-krok-upered-ci-zmina-dekoracij.html> (дата звернення: 26.04.2021).
3. Головач А.В. Реформування органів кримінальної юстиції – справа невідкладна. *Форум права*. 2010. № 4. С. 207–213. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/FP_index.htm_2010_4_34 (дата звернення: 26.04.2021).
4. Про внесення змін до адміністративного та кримінального законодавства щодо запровадження діяльності Бюро економічної безпеки України : проект закону України від 25.08.2020 №3959-1 / *Верховна Рада України*. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_2?pf3516=3959-1&skl=10 (дата звернення: 26.04.2021).
5. Бондаренко І. Правоохоронна діяльність і правоохоронні органи: поняття та ознаки. *Право України*. 2003. № 4. С. 18–21.
6. Меморандум про економічну та фінансову політику з МВФ. URL: [https://mof.gov.ua/storage/files/Меморандум%20про%20економічну%20та%20фінансову%20політику%20МВФ%20від%2002_06_2020\(1\).pdf](https://mof.gov.ua/storage/files/Меморандум%20про%20економічну%20та%20фінансову%20політику%20МВФ%20від%2002_06_2020(1).pdf) (дата звернення: 26.04.2021).
7. Беззуб І. Проблеми та перспективи створення Національного бюро фінансової безпеки в Україні. *Громадська думка про право-творення*. 2018. № 7 (151). С. 6–13. URL: <http://nbuviar.gov.ua/images/dumka/2018/7.pdf>.
8. Беззуб І. Чи полегшить життя українському бізнесові «Фінансова поліція»? URL: http://nbuviar.gov.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=2313:reforma-podatkovoji-sistemi&catid=8&Itemid=350 (дата звернення: 26.04.2021).
9. Меморандум про взаєморозуміння між Україною як Позичальником та Європейським Союзом як Кредитором. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_004-20 (дата звернення: 26.04.2021).
10. Співак О. Бюро економічної безпеки України: що передбачає прийнятий закон та які можливі наслідки для бізнесу. URL: https://biz.ligazakon.net/analitics/201304_byuro-ekonomichno-bezpeki-ukrani-shcho-peredbacha-priyuniyatiy-zakon-ta-yak-mozhliv-nasliski-dlya-bznesu (дата звернення: 26.04.2021).
11. Пояснювальна записка до проекту Закону України «Про Бюро економічної безпеки України» від 02.07.2020. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=69331 (дата звернення: 26.04.2021).
12. Голубов А.Є. Питання системи органів кримінальної юстиції. *Актуальні проблеми кримінального права та кримінології у світлі реформування кримінальної юстиції* : зб. тез доп. Міжнар. наук.-практ. конф. м. Харків, 19 травня 2016 р. Харків : ХНУВС, 2016. С. 90-91.
13. Гаруст Ю.В., Мельник В.І. Правоохоронні органи на захисті економічної безпеки України: адміністративно-правовий аспект: монографія. Суми : видавничо-виробниче підприємство «Мрія», 2019. 256 с.

ПРЕД'ЯВЛЕННЯ ОСОБИ ДЛЯ ВПІЗНАННЯ: ПРОЦЕДУРНІ ОСОБЛИВОСТІ ТА ПОРУШЕННЯ НА ПРАКТИЦІ

PRESENTING A PERSON FOR IDENTIFICATION: PROCEDURAL FEATURES AND VIOLATIONS IN PRACTICE

Бойко А.О., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Прохорова А.О., студентка III курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Наукова стаття присвячена особливостям пред'явлення для впізнання особи та проблемі порушення процедури такої слідчої (розшукової) дії. Метою статті є аналіз закріплених кримінальним процесуальним законодавством вимог до проведення пред'явлення для впізнання особи, дослідження пов'язаної з такою слідчою дією судової практики та надання пропозицій можливих шляхів подолання найбільш поширених помилок під час організації проведення впізнання особи. Авторами проведено дослідження різних поглядів вчених, висвітлених у низці наукових праць із питання особливостей пред'явлення для впізнання особи та проблем їх реалізації на практиці, нормативно-правових актів, а також постанов ВСУ, на основі чого зроблено власні судження та висновки.

Розглянуто значення пред'явлення для впізнання серед інших слідчих (розшукових) дій та зазначено мету такої дії, яка розкривається через встановлення тотожності, подібності або відмінності пред'явлених для впізнання об'єктів зі збереженням у пам'яті впізнаючого образом. Робота містить у собі детальний аналіз закріплених у КПК вимог до процедури досліджуваної слідчої дії, а також думки вчених щодо особливостей кожної з них. Наголошено на існуванні двох видів пред'явлення для впізнання особи – в натуральному вигляді та за зображенням, із зазначенням характерних рис останнього. Автори розкрили процедуру впізнання особи за порівняно новими ознаками, а саме такими, як хода і голос.

Крім цього, у статті акцентується на найбільш поширених порушеннях процедури пред'явлення особи для впізнання органами досудового розслідування, які були виявлені на підставі аналізу відповідних судових рішень. У роботі наголошується, що через допущення процесуальних помилок, отримані в процесі дії результати втрачають свою доказову цінність, що своєю чергою створює необхідність використання будь-яких порушень уповноваженими на проведення впізнання особами. Автори пропонують розроблені пропозиції подолання низки порушень процедури пред'явлення для впізнання особи, які, на їх думку, можуть допомогти у зменшенні кількості небажаних помилок.

Ключові слова: слідча (розшукова) дія, пред'явлення особи для впізнання, впізнаючий, особа, яку впізнають, орган досудового розслідування, процесуальні порушення.

The scientific article regards the peculiarities of presenting for identification and the problem of violation of its procedure. The purpose of the article is to analyse the requirements established by the criminal procedure legislation for the presentation of a person for identification, the researches related to this investigative action of judicial practice and to provide suggestions for possible ways to overcome the most common mistakes in organizing the identification. The authors studied different views of scientists, covered in a number of scientific articles, legal acts and resolutions of the Supreme Court of Ukraine, based on their own judgments.

The relevance of the presentation for identification among other investigative (search) actions is considered and the purpose of action is indicated, which is revealed by establishing the identity, similarities and differences of the objects presented for identification with the recognizable image. The work contains an analysis of the requirements set out in the Code of Criminal Procedure to the procedure of the investigative action and opinions of scientists about the features of each of them. It is emphasized that there are two types of presentation for identification – in present form and in the image. The authors showed the procedure of recognizing a person with relatively new features, such as walk and voice.

In addition, the article focuses on the most common violations of the procedure for presentation for identification by the pre-trial investigation authorities, which were identified by analysing of relevant court decisions. The article emphasizes that the results obtained during the action lose their probative value due to the procedural errors. This creates the need to address any violations. The authors offer developed suggestions for overcoming a number of violations of the identification procedure which can help reduce the number of unintended errors.

Key words: investigative (detective) action, presentation of a person for identification, identifier, a person being identified, a pre-trial investigation body, procedural violations.

Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК) закріплює низку слідчих (розшукових) дій, призначенням яких є збирання або перевірка вже отриманих доказів у конкретному кримінальному провадженні. Серед різноманітного переліку особливою складністю характеризується пред'явлення для впізнання, що своєю чергою стає підставою для дослідження процедури проведення такої дії багатьма науковцями, такими як Н.М. Ахтирська, Р.С. Белкін, В.І. Галаган, Г.І. Кочаров, В.А. Колесник, В.О. Коновалова, М.В. Салтєвський, В.Г. Лукашевич, С.Д. Лук'янчиков, А.Р. Ратінов, Л.Д. Удалова, К.О. Чаплинський, В.Ю. Шепітько та інші.

Здійснення різноманітних досліджень, об'єктом яких виступають нормативні та організаційні аспекти пред'явлення особи для впізнання, свідчить про актуальність розглядуваної теми та наявність низки питань, які потребують більш детального врегулювання. Зокрема, з урахуванням недосконалості законодавчої регламента-

ції процедури проведення впізнання, на практиці продовжують виникати порушення або процесуальні помилки, що своєю чергою призводить до визнання отриманих за результатами дій доказів недопустимими. Про наявність невідповідності між нормами кримінального процесуального законодавства та процесом їх реалізації свідчить судова практика, в якій прослідковуються негативні наслідки недотримання встановлених КПК правил.

Як засіб отримання інформації пред'явлення для впізнання використовується досить давно, хоча і до середини минулого століття розглядалося лише як одне з елементів проведення допиту. За словами М.С. Строговича, така дія була частиною кримінально-правових систем усіх часів та народів, що дає змогу зробити достовірне припущення щодо існування розглядуваного прийому протягом не одного тисячоліття. Закріплення на нормативному рівні вкотре підтверджує важливість пред'явлення для впізнання як засобу, що не тільки дає змогу збирати доказову

інформацію, але й перевіряти показання допитаних осіб та слідчі версії, сформовані слідством [1, с. 163].

Незважаючи на те, що проведення пред'явлення для впізнання не має обов'язкового характеру, в системі слідчих (розшукових) дій йому притаманне особливе значення. У досудовій практиці наявні випадки, коли місце провідної слідчої дії, за допомогою якої викривається винна у вчиненні злочину особа, займає саме впізнання. Але нерідко через тактичні та організаційні складнощі на стадії підготовки, проведення та фіксації пред'явлення для впізнання вона ігнорується і перевага надається легшій за процедурою слідчій (розшуковій) дії [2, с. 155]. Головною метою досліджуваної дії є встановлення тотожності, схожості чи відмінності об'єктів впізнання з ознаками, що збереглися в пам'яті одного з учасників кримінального провадження. Тобто отримання фактичних даних, що досягається шляхом проведення впізнаючим ідентифікації раніше баченої особи, речі чи трупа [1, с. 164].

Як і будь-яка інша слідча дія, пред'явлення для впізнання має свої характерні особливості, однією з яких є наявність трьох основних об'єктів, стосовно яких можливе проведення впізнання: особа, річ або труп. Безпосереднім об'єктом нашого дослідження є перший варіант, а саме пред'явлення особи для впізнання. Результативність проведення такої дії насамперед залежить від можливості особи, яка впізнає, запам'ятовувати та відтворювати сприйняту інформацію в точності та без викривлень. Але відразу варто зауважити, що, окрім зазначеної вимоги про здатність впізнати, нам мало що відомо про того, хто може бути такою особою. Цікавим є те, що для позначення цього суб'єкта в доктрині використовують поняття «впізнаючий», проте закон чітко не встановлює, хто саме може ним бути. З огляду на це варто зробити висновок, що впізнавати можуть різні учасники кримінального провадження, наприклад, такі як свідок, потерпілий та підозрюваний, але лише за умови, що вони дійсно сприймали впізнаваного раніше та можуть його ідентифікувати під час проведення слідчої дії [3, с. 304].

Відповідно до положень КПК на слідчого, прокурора покладається обов'язок перевірити наявність такої можливості у впізнаючого шляхом з'ясування ознак, характерних рис, особливостей, за яких особа впізнає правопорушника, а також обставини їх зустрічі чи події, за яких вона побачила впізнавану особу. Недотримання такої вимоги виключає можливість достовірно дізнатися про момент формування у впізнаючого думки про особу, яку необхідно впізнати [4, с. 194]. Варто зауважити, що обов'язок слідчого, прокурора щодо з'ясування зазначеної здатності особи, що впізнає, реалізується саме перед тим, як пред'явити впізнаваного, а не безпосередньо в процесі пред'явлення, що дає змогу певним чином пересвідчитися в доцільності залучення такого впізнаючого до цієї слідчої (розшукової) дії.

Закріплена в ч. 1 ст. 228 КПК конструкція «якщо особа заявляє, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак» [5] викликає певне незрозуміння, оскільки на перший погляд видається дивною можливість впізнання особи без знання її конкретних особливостей. Але, звернувшись до психології, таку скептичність можна подолати. Психологи виділяють дві форми сприйняття: сукцесивну (аналітичну) і симультанну (синтетичну). Якщо перша відповідає за здатність особи запам'ятовувати окремі ознаки предметів, зовнішні прикмети, наприклад, такі як колір очей, форма носу, то друга характеризується змогою сприймати та зберігати в пам'яті увесь об'єкт як єдине ціле, без виокремлення якихось особливостей, проте забезпечуючи відтворення образу взагалі. Як зазначає О.Р. Ратінов, на підставі експериментів виявилось, що більш надійною і поширеною є саме симультанна форма сприйняття [4, с. 195]. Тому ще однією особливістю процедури пред'явлення

для впізнання особи є висунення до впізнаючого вимог як про змогу вказати на окрему прикмету, яку він запам'ятав, так і про впізнання за сукупністю сприйнятих ознак. Щоправда, як наголошує В.Г. Гончаренко, на практиці можливість впізнання особи за сукупністю ознак використовують не так, як це передбачалося законодавцями. Тобто в протоколі фіксується замість очікуваних чітко визначених впізнаючим ознак, за якими він впізнав особу, сукупність «вмучених» та «підігнаних» прикмет [6, с. 49].

Відповідно до ч. 1 ст. 228 КПК показувати перед проведенням впізнання впізнаючому особу, яку він має впізнати, забороняється. Це зумовлюється психологічними властивостями людини, оскільки доведено, що останній сприйнятий образ перед безпосереднім впізнанням краще зберігається в пам'яті і відтворюється. З цієї ж самої причини встановлюється заборона пред'явлення для впізнання після попереднього здійснення такої ж процедури, але за допомогою перегляду фотознімків або відеозапису тієї самої особи [7, с. 106]. На практиці трапляються випадки, коли зазначена заборона порушується шляхом вчинення працівниками органу досудового розслідування певних дій чи внаслідок звичайної випадковості. Проте незалежно від причин наслідок один – порушення процедури впізнання, що тягне за собою визнання отриманих доказів недопустимими.

У процесі проведення впізнання виникає проблема стосовно відсутності можливості повторити зазначену процесуальну дію, що своєю чергою є обґрунтованим, але відомі на практиці випадки вимагають запровадження способів врегулювання непередбачуваних ситуацій. В.О. Лазарєв пропонує визнавати будь-які дії підозрюваної особи, які спрямовані на порушення чи запобігання пред'явленню для впізнання такими, що не є підставами для зупинення чи переривання слідчої дії або ж спростування отриманих у результаті проведеного впізнання доказів [8, с. 244].

Невід'ємним елементом процедури пред'явлення є залучення, окрім впізнаваної особи, ще не менше трьох осіб такої ж статі, які не мають очевидних відмінностей за ознаками віку, одягу та зовнішності. Причому підбираючи статистів, варто звертати увагу не на вказаний у документах вік, а на те, на скільки насправді вони виглядають. Недопустимим є виділення особи, яка підозрюється у вчиненні злочину будь-яким шляхом, будь то неохайний зовнішній вигляд чи відсутність шнурків та ременів, чи наявність інших притаманних для місць попереднього ув'язнення ознак. Варто зауважити, що законодавець не закріплює таку вимогу, як схожість осіб, які пред'являються для впізнання, оскільки цей фактор може призвести до негативного наслідку у вигляді помилкового висновку впізнаючого [6, с. 50].

М.М. Єфімов наголошує на необхідності не забувати, що час та місце проведення розглядуваної слідчої (розшукової) дії має також важливе значення. Варто зазначити, що час пред'явлення для впізнання особи зумовлюється двома факторами, а саме реальною можливістю проведення та першочерговістю, тобто чим раніше відбудеться впізнання, тим більше необхідною для розслідування інформації збережеться в пам'яті впізнаючого. З цього слідує, що тільки шляхом проведення впізнання якомога раніше, можна розраховувати на результативність та достовірність підсумків такої слідчої дії. Що стосується місця, питання постає в тих випадках, коли є необхідність виключення можливості сприйняття особи, яка впізнає, впізнаваним. За загальним правилом пред'явлення для впізнання здійснюється в кабінеті слідчого. Але у ч. 4 ст. 228 КПК законодавець закріпив певну гарантію, яка передбачає здійснення впізнання таким чином, щоб впізнаваний не бачив і не чув особу, яка його впізнає, тобто забезпечення безпеки шляхом відсутності візуального та аудіоспостереження [9, с. 188]. На думку Л.Д. Удалової, зміна звичайного для пред'явлення місця, тобто приміщення органу

досудового розслідування, повинна також мати місце, коли виникає потреба проводити впізнання саме там, де впізнаючий спостерігав необхідну особу, з відтворенням відповідної обстановки та умов.

Положення КПК дають змогу виокремити два види пред'явлення особи для впізнання – в натуральному вигляді та за зображенням. Якщо перший вид є чимось прийнятним і зрозумілим, то другий викликає певні питання. Насамперед варто зауважити, що ч. 6 ст. 228 КПК передбачає використання фотознімків або матеріалів відеозапису як заміник безпосереднього сприйняття впізнаваної особи. Вибір такого шляху проведення досліджуваної слідчої (розшукової) дії може бути зумовлений обмеженнями можливості пред'явити особу в натуральному вигляді або виходячи з тактичних міркувань [1, с. 167]. З огляду на тактику проведення пред'явлення для впізнання особи за фотознімками або матеріалами відеозапису, можна стверджувати, що така процедура є не менш складною за структурою, ніж звичайне впізнання з особистою присутністю особи, яку необхідно впізнати. Варто пам'ятати, що фотографій має бути не менше чотирьох, як і зображуваних осіб на матеріалах відеозапису, які мають відповідати вимогам, встановленим процесуальним законодавством, а саме без різких відмінностей між ними за формою та іншими властивостями, які можуть суттєво вплинути на сприйняття впізнаючим зображення [10, с. 395].

Доцільно зазначити, що в Кримінально-процесуальному кодексі 1960 року в процесі пред'явлення особи для впізнання враховувалися тільки зовнішній вигляд та прикмети особи, яку необхідно впізнати. З прийняттям нового кодексу законодавці закріпили змогу проводити впізнання за голосом та ходою, хоча раніше такий спосіб піддавався великим сумнівам. Особливість нововведення полягає в необхідності здійснення впізнання за голосом таким чином, щоб візуальний контакт між впізнаючим та особами, які пред'явлені для впізнання, був відсутній, аби виключити вірогідність вибору за будь-якою іншою ознакою; зміст розмови, який буде сприймати впізнаючий, має містити відомі для нього слова або словосполучення, які він вже чув від особи, образ якої зберігся в його пам'яті. Що стосується ходи, то впізнаваний не має знати про те, що за ним спостерігають, оскільки хода може набути непритаманних за звичайних умов рис; для спостереження особі, яка впізнає, надається достатній час; пред'явлення для впізнання за наведеною ознакою здійснюється серед осіб, які мають схожу ходу [10, с. 392–393].

Необхідно звернути увагу на такий обов'язковий елемент, як фіксація ходу та результатів пред'явлення для впізнання. Відповідно до вимог ст. 231 КПК під час або, як правило, одразу після завершення слідчої дії складається протокол, в якому процес пред'явлення для впізнання дублюється в послідовності проведення, починаючи з факту роз'яснення прав і обов'язків особам, що беруть участь у такій дії і завершуючи відтворенням ознак або їх сукупності, за допомогою яких особа впізнала особу. Також у разі застосування вказуються всі умови та обставини впізнання поза візуальним спостереженням, за фотознімками або матеріалами відеозапису з поданням фотографій. Факт використання технічних засобів для фіксації ходу впізнання також обов'язково заноситься до протоколу [10, с. 395–396].

Важливим питанням є відповідність процедури пред'явлення для впізнання особи встановленим законодавством вимогам. У процесі проведення слідчих (розшукових) дій органи досудового розслідування можуть припуститися процесуальних помилок, які внаслідок їх оскарження призводять до недопустимості отриманих доказів. Доцільно навести кілька найбільш показових судових рішень, які містять приклади найпоширеніших порушень встановлених КПК вимог до пред'явлення особи для впізнання. У постанові Касаційного кримінального суду у складі ВСУ від

18 грудня 2019 року (справа № 761/2021/16-к, провадження № 51-3904км19) суди обох інстанцій, рішення яких переглядалися, обґрунтовано зазначили, що протокол пред'явлення особи для впізнання потерпілою від 18.07.2015 року є недопустимим доказом, оскільки він отриманий із порушенням вимог ст. 228 КПК. З показань потерпілої та свідка видається, що обвинуваченого перед впізнанням, яке було здійснено у відділенні поліції, пред'явили потерпілій на вулиці без залучення статистів. Але відповідно до ч. 2 ст. 228 КПК, особа, яка підлягає впізнанню, пред'являється особі, яка впізнає, разом з іншими особами тієї ж статі, яких має бути не менше трьох та без різких відмінностей у зовнішньому вигляді. Потерпіла наголосила, що особи, яких їй пред'явили для впізнання, мали інші ознаки зовнішності за будовою тіла, зростом, були старші від обвинуваченого. Також вона вказала, що впізнання за фотознімками відбулося за її участі вже після попередньої демонстрації схожого за її описом чоловіка. У цьому випадку порушена ч. 1 ст. 228 КПК, згідно з якою забороняється попередньо показувати тому, хто впізнає, особу, яка підлягає впізнанню, а також порушена заборона неприпустимості проведення повторного впізнання особи.

Ще кілька прикладів порушення процедури пред'явлення особи для впізнання можна продемонструвати, провівши аналіз вироку Іллічівського міського суду Одеської області від 18.09.2017 року (справа № 521/4695/15-к1-кп/501/98/17). У цьому кримінальному провадженні пред'явлення для впізнання проводилося за фотознімками. На порушення ч. 1 ст. 228 КПК перед тим, як пред'явити фотознімки для впізнання, в осіб, які впізнавали, попередньо не з'ясували, чи можуть вони впізнати обвинувачених, не опитували їх про зовнішній вигляд і прикмети, а також про обставини, за яких вони бачили обвинувачених. Протоколи про проведення слідчої дії не склалися, що порушує ч. 1 ст. 231 КПК, і тому висновок суду про недопустимість цього доказу підтверджується відсутністю зазначених протоколів.

У порушення ч. 1 ст. 228 КПК особам, які впізнавали, до проведення впізнання показували обвинувачених. Висновки суду підтверджуються показаннями в судовому засіданні обвинувачених, з яких слідує, що вони перебували в одному транспортному засобі з особами, які надалі їх впізнавали, та знаходилися в умовах, що давали змогу бачити один одного і спілкуватися між собою. Ця обставина підтверджується показаннями свідка та відеозаписом затримання обвинувачених у торговельному центрі.

Також суд вважає, що необхідності в проведенні впізнання за фотознімками в розумінні вимог ч. 6 ст. 228 КПК не було – обвинувачені могли бути пред'явлені для впізнання безпосередньо, бо утримувалися під вартою і мали змогу узяти участь у цих слідчих діях. Проведення впізнання в застосований спосіб позбавило осіб, які пред'являлися для впізнання, права на реалізацію їхніх процесуальних прав під час проведення таких слідчих дій.

У процесі судового розгляду справи було встановлено, що фотознімок обвинуваченого пред'являвся свідку разом із фотознімками відомих широкому колу осіб: футболіста Девіда Бекхема, кіноакторів Бена Аффлека та Майкла Фасбендера. Суд вважає, що проведення цієї слідчої (розшукової) дії в зазначений спосіб свідчить про цілеспрямований намір слідчих органів за будь-яку ціну гарантувати бажаний результат у цьому кримінальному провадженні та вказує на необ'єктивність і упередженість проведеного досудового розслідування. За таких обставин протокол цієї слідчої дії визнається недопустимим.

Здійснивши аналіз судової практики, можемо зробити висновок про найпоширеніші порушення встановлених процесуальним законодавством норм, які своїми діями вчиняють працівники органів досудового розслідування: особи, яка впізнає, попередньо показують особу, яку необхідно впізнати (як випадково, так і умисно); відсутність

опитування про можливість впізнання перед безпосереднім проведенням досліджуваної дії; недотримання вимоги, яка висувається стосовно зовнішньої відмінності осіб, які пред'являються для впізнання; пред'явлення для впізнання без додержання мінімальної кількості осіб, які мають бути залучені до впізнання разом із впізнаваною особою.

Беручи до уваги перше порушення, доцільно вказати, як саме можна уникнути небажаної зустрічі до початку процедури пред'явлення. Незважаючи на те, що сформована тактика пред'явлення для впізнання передбачає такі заходи, як запрошення впізнаючого дещо раніше, ніж на запланований час провадження такої слідчої дії, а також забезпечення окремим приміщенням, що виключатиме змогу зустріти інших учасників, порушення не припиняються. Через це варто було б змінити запропоновані заходи на ті, які, на наш погляд, будуть більш дієвими – замість появи особи, що впізнає, раніше доцільно буде перенести прибуття зазначеної особи на більш пізній час, коли усі необхідні дії стосовно підготовки будуть реалізовані, а особи, які пред'являтимуться для впізнання, будуть чекати у відповідному кабінеті. Крім випадкового, практика засвідчує умисне попереднє пред'явлення впізнаваної особи, що зумовлюється різною метою. На наш погляд, єдиним шляхом вирішення проблеми є посилення дисциплінарної відповідальності працівників органів досудового розслідування за порушення встановлених законом заборон і вимог.

Ще одним грубим порушенням процесуального законодавства є відсутність опитування про можливість впізнання перед безпосереднім проведенням досліджуваної дії. Недотримання зазначеної вимоги завідомо виключає обґрунтованість допущення особи, яка впізнає, до впізнання, оскільки відсутня впевненість у правдивості її показань і вибору, який може бути здійснений стосовно особи, яка не має жодного відношення до вчиненого кримінального правопорушення. Наведене порушення неможливо виправдати недостатністю часу або ж випадковістю, оскільки відсутність необхідного опитування може бути зумовлена лише умислом слідчого або прокурора, на яких законом покладається обов'язок щодо його проведення. Таким чином, ми вважаємо, що лише накладення дисциплінарних стягнень є дієвим способом усунення небажаних дій та забезпечення такої важливої для ефективного розслідування риси, як неупередженість. Що стосується покращення самої вимоги стосовно проведення опитування, то пропонуємо доповнити її цікавим аспектом із практики США. Зокрема, закріпити на законодавчому рівні обов'язок слідчого, прокурора перед початком впізнання роз'яснити особі, яка впізнає, що серед представлених їй осіб необов'язково є саме та, яка підозрюється у вчиненні злочину. Таке попередження певним чином послабить психологічну складність здійснюваної процедури, звільняючи особу, що впізнає, від негласного тязаря зробити вибір не на користь однієї з представлених осіб.

Порушення, пов'язане із зовнішнім виглядом осіб, яких залучають до впізнання, є чи не найбільш актуальним, оскільки нерідко вимогами законодавства нехтують, роблячи очевидні помилки, такі як: невідповідність віку, структури тіла, кольору волосся статистів тощо тим, якими характеризується особа, яку необхідно впізнати. Певним чином пов'язаним із наведеним порушенням є пред'явлення для впізнання без додержання мінімальної кількості осіб, які мають бути залучені до такої дії разом із впізнаваною особою, адже обидві помилки стосуються статистів – їх наявність та зовнішні ознаки. Можна при-

пустити, що здебільшого порушення ч. 2 ст. 228 КПК мають місце через брак часу на пошук осіб, які б повністю відповідали встановленим законом вимогам. І це має пояснення, адже з метою результативності та отримання найбільш достовірних висновків, впізнання варто проводити протягом короткого часу після прийняття особою, що впізнає, особи, яку впізнаватимуть. Але не варто забувати про такий суб'єктивний фактор, як думка та воля слідчого, який здійснює підбір статистів після прийняття рішення про проведення впізнання особи. Інакше кажучи, саме від його дій залежить дотримання встановленої законом вимоги про відсутність різких відмінностей між особами, які пред'являються для впізнання, та залучення необхідної кількості таких осіб. На нашу думку, обсяг допущених помилок на практиці можна зменшити шляхом запровадження окремої посади, призначення якої – підбір статистів, з обов'язковою умовою усунення будь-яких обставин, які б сприяли зацікавленості посадової особи в результатах впізнання і розслідування загалом.

Висновки. Пред'явлення особи для впізнання – процедурно складна слідча (розшукова) дія, метою якої є встановлення тотожності, подібності або відмінності збереженого в пам'яті особи, яка впізнає, образу з особою, яку необхідно впізнати. Здійснивши аналіз наукових праць та чинного процесуального законодавства, ми робимо висновок, що досліджувана дія є найбільш поширеним різновидом впізнання, який застосовується на практиці. Це своєю чергою зумовлюється її високою ефективністю та результативністю як для досудового розслідування, так і для кримінального провадження загалом.

Кримінальний процесуальний кодекс закріплює низку особливостей проведення такої дії, кожна з яких є невід'ємним елементом впізнання особи. Однак у діяльності осіб, уповноважених на проведення пред'явлення для впізнання, нерідко прослідковуються недотримання зазначених особливостей як під час організації, так і під час безпосереднього здійснення пред'явлення для впізнання. Причини допущення невідповідності дій слідчого, прокурора вимогам закону можуть бути різні, починаючи від випадковості і закінчуючи умислом зазначених посадових осіб. Але, незважаючи на передумови, наслідок нехтування встановленими до процедури пред'явлення правилами, завжди один – втрата доказової цінності отриманих результатів такої слідчої дії.

На основі здійснених досліджень виявлено, що найбільш поширеними помилками, яких припускаються органи досудового розслідування під час організації процедури впізнання, є: попередня зустріч особи, яку необхідно впізнати, з особою, яка впізнає, що має як випадковий, так і умисний характер; відсутність опитування про можливість впізнання перед безпосереднім проведенням досліджуваної дії; недотримання вимоги стосовно різких відмінностей у зовнішності осіб, які пред'являються для впізнання; пред'явлення для впізнання без додержання мінімальної кількості осіб, які мають бути залучені до впізнання разом з впізнаваною особою.

Наявність порушень свідчить про необхідність вдосконалення регламентації процедури пред'явлення для впізнання особи шляхом внесення низки доповнень, які стосуються саме організації такої дії на практиці. Безсумнівно, постає і питання необхідності посилення відповідальності посадових осіб, які припускаються помилок у процесі виконання своїх обов'язків під час проведення пред'явлення особи для впізнання.

ЛІТЕРАТУРА

1. Колесник В.А. Деякі проблемні питання пред'явлення особи та речей для впізнання за чинним КПК України. *Вісник Академії адвокатури України*. 2013. № 1(26). С. 163–168.
2. Гриненко К.В. Організаційно-тактичні засади пред'явлення особи для впізнання за зовнішніми ознаками. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2020. № 1. С. 155–159.
3. Кримінальний процес : підручник / О.В. Капліна та ін. ; за заг. ред. О.В. Капліної, О.Г. Шило. Харків : Право. 2018. 584 с.

4. Чупрікова І.Л. Деякі особливості процедури допиту та пред'явлення для впізнання, які впливають на допустимість отриманих результатів. *Право і суспільство*. 2015. № 6(3). С. 192–196.
5. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення: 11.04.2021)
6. Лук'янчиков Є.Д. Пред'явлення для впізнання – засіб інформаційного забезпечення розслідування. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 4. С. 45–53.
7. Гриненко К.В. Допустимість доказів, отриманих під час пред'явлення особи для впізнання. *Прикарпатський юридичний вісник*. 2020. № 4(33). С. 104–109.
8. Лазарев В.О. Деякі проблемні аспекти збирання та перевірки доказів під час проведення слідчих (розшукових) дій. *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2017. № 3(79). С. 240–248
9. Єфімов М.М. Підготовчий етап пред'явлення особи для впізнання під час розслідування злочинів проти моральності. *Вісник Національного технічного університету України «Політологія. Соціологія. Право.»*. 2017. № 1(33). С. 186–189.
10. Криміналістика : підручник / Пясковський В.В. та ін. Київ : «Центр учбової літератури», 2015. 544 с.
11. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 18 грудня 2019 року у справі № 761/2021/16-к, провадження № 51-3904км19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86505832> (дата звернення: 11.04.2021).
12. Вирок Іллічівського міського суду Одеської області від 18.09.2017 року у справі № 521/4695/15-кп/501/98/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68926870> (дата звернення: 11.04.2021).

ПРОБЛЕМИ ЗБИРАННЯ ТА ПОДАННЯ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ СТОРОНОЮ ЗАХИСТУ

PROBLEMS OF GATHERING AND PRESENTING EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS BY THE DEFENSE

Гриб І.В., студентка IV курсу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

Циліорик І.І., к.ю.н.,

асистент кафедри кримінального права і процесу

*Навчально-науковий інститут права, психології та інноваційної освіти
Національного університету «Львівська політехніка»*

У статті аналізуються та висвітлюються актуальні проблемні питання, пов'язані зі збиранням доказів та їх поданням стороною захисту у кримінальному судочинстві України. Зокрема, зазначено, що чинним Кримінальним процесуальним кодексом України закріплено положення, згідно з яким стороні захисту надано право збирати фактичні дані, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню, однак законодавцем не передбачено процесуальної форми реалізації такого права. Розкриваються поняття «доказування», «захисник», зазначається, що являють собою докази у кримінальному провадженні. Внаслідок вищевказаного у статті висвітлюються думки науковців щодо процесу доказування та змагальності сторін у судочинстві. Аналізуються способи та можливості здобуття доказової бази між стороною обвинувачення та стороною захисту у кримінальному провадженні. Перелічуються окремі види обмежень повноваження захисника на витребування доказів та проаналізовано істотність цих обмежень у засобах реалізації права на здобуття доказової бази для здійснення належного адвокатом захисту свого клієнта. На підставі наведеного зроблено висновок, що сторона захисту у кримінальному судочинстві України має значно менше правових засобів для отримання доказової бази, ніж сторона обвинувачення. У цій праці констатується, що задекларована засада змагальності і рівноправності сторін у збиранні та поданні до суду доказів у кримінальному провадженні не відповідає дійсності. Дано позитивну оцінку новелі, передбаченій у чинному Кримінальному процесуальному кодексі України, щодо надання стороні захисту допуску до експертних знань, тобто надання можливості самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертиз. Аналізуються прогалини чинного кримінального процесуального закону у питанні незабезпечення правом на витребування доказів підозрюваним, обвинуваченим у судочинстві. Законодавством не передбачено жодної відповідальності за ненадання інформації за запитом підозрюваного чи обвинуваченого. Зазначається, що подання доказів є не обов'язком, а правом сторони захисту. Важливою передумовою використання поданих до суду доказових матеріалів є дотримання процедури відкриття матеріалів іншій стороні.

Ключові слова: доказування, докази, кримінальне провадження, захисник, адвокат.

The scientific article analyzes and highlights current issues related to the collection of evidence and their submission by the defense in the criminal proceedings of Ukraine. In particular, it is noted that the current Criminal Procedure Code of Ukraine consolidates the provision according to which the defense is given the right to collect actual data relevant to criminal proceedings and subject to proof, but the legislature does not provide a procedural form of such a right. The essence is revealed of concept argumentation and who defense counsel can be, also revealed, noted that they present evidence in criminal proceedings. As a result of the above, the article highlights the thoughts of scientists on the process of substantiation and competition between two sides in judicature. The ways and possibilities, obtaining the evidence base between the prosecution and the defense in criminal proceedings are analyzed. Special case types of restrictions on the defense counsel's authority to demand evidence are listed and the significance of these restrictions in the means of exercising the right to obtain an evidence base for the proper protection of his client by a lawyer is analyzed. Based on the above, it is concluded that the defense in the criminal proceedings of Ukraine has significantly fewer remedies to obtain evidence than the prosecution. In this scientific work it is stated that the declared principle of adversarial proceedings and equality of the parties in the collection and submission evidence to the court in criminal proceedings is not true. A positive assessment of the novella was given and provided for current Criminal Procedure Code of Ukraine on granting the defense of access to expert knowledge, namely providing an opportunity to independently involve experts on contractual terms for conducting expertise. The gaps of the current criminal procedure law in the issue of failure to provide the right to demand evidence to suspects, accused in court proceedings are analyzed the law does not provide for any liability for failure to provide information at the request of a suspect or accused person. It is stated that the submission of evidence is not an obligation but a right of the defense. An important prerequisite of using evidence by the court is the preparation for the revelation of materials to other parties.

Key words: proving, evidence, criminal proceedings, defender, lawyer.

Постановка проблеми. Із набранням 19 листопада 2012 року законної сили Кримінального процесуального кодексу України відбулися певні зміни в організації діяльності органів досудового розслідування, оскільки було трансформовано усталену форму його ведення та здійснюється розмежування повноважень між його учасниками. Із заснуванням інституту негласних слідчих (розшукових) дій особливої актуальності набули проблеми реалізації функцій захисту прав підозрюваного, обвинуваченого на досудових та судових стадіях кримінального провадження. Чинним нині КПК України, порівняно із попереднім, суттєво укріплено засади змагальності сторін на досудовому розслідуванні, що є вагомим здобутком у кримінальному процесі. Однак, незважаючи на певні розширення прав захисника, особливо в частині збирання доказів на досу-

довому розслідуванні, процесуальні можливості сторін обвинувачення та захисту у його забезпеченні залишаються нерівними. Враховуючи виняткові повноваження сторони обвинувачення щодо проведення негласних слідчих (розшукових) дій, сторона захисту виявляється значно обмеженою у можливості збирання фактичних даних, що можуть виступати основою формування доказів на окремих стадіях кримінального провадження.

Не менш важливим є питання, яке дискутується серед науковців, що стосується того, чи збирає сторона захисту у кримінальному провадженні власне «докази», як це сформулював законодавець у нормах КПК України. Адже більшість вчених-процесуалістів зазначається, що захисник збирає не «докази», а відомості про факти, матеріали, предмети, документи, які можуть бути подані

слідчому, прокурору, суду і стануть доказами лише після приєднання їх до матеріалів кримінального провадження. Водночас решта науковців впевнені, що здобуті стороною захисту фактичні дані, які мають значення для кримінального провадження, є нічим іншим, як доказами.

Зважаючи на відсутність чітко визначеної законодавцем процесуальної форми збирання та фіксації доказів стороною захисту, а також відсутність єдиної позиції у науці з цього приводу, постає питання: чи є взагалі потреба обмежувати можливості захисника у збиранні доказів будь-якими процесуальними формами? Інші процесуалісти вважають, що у збиранні доказів захисником немає державно-владного примусу, який створює потенційну загрозу пригнічення прав та свобод особи, сам перелік способів збирання доказів незрівнянний із переліком слідчих та інших процесуальних дій, які вправі здійснювати слідчий і прокурор.

У зв'язку з наведеним проблемою збирання та подання доказів стороною захисту у судочинстві потребує поглибленого вивчення, що зумовлює актуальність наукового дослідження, проведеного у цій статті.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Науково-практичний аналіз проблем збирання та подання доказів у кримінальному провадженні здійснювали такі вітчизняні правники, як В.Г. Гончаренко, В.В. Гевко, Г.Ф. Горський, К.Ф. Гуценко, Ю.М. Грошовий, Є.А. Доля, К.Б. Калиновський, Л.В. Карабут, Є.Г. Коваленко, С.Н. Купцова, В.К. Лисиченко, М.М. Михеєнко, В.Т. Нор, М.А. Погорєцький, С.М. Стахівський, М.Є. Шумоло та інші видатні науковці.

Метою цієї статті є аналіз новітніх підходів законодавця до визначення правової природи доказів у кримінальному судочинстві, проблеми визначення місця та ролі захисника у їх збиранні, оцінці та поданні, що потребують поглибленого вивчення та обґрунтування авторської позиції щодо цього питання, яка ґрунтується на сучасних засадах доказового права.

Виклад основного матеріалу. Прийнятий 13 квітня 2012 року КПК України ознаменувався запровадженням низки нових норм, інститутів та процедур, які спрямовані на утвердження принципу змагальності сторін та свободи у поданні сторонами доказів суду. Однак ані у КПК України 1960 року, ані у чинному КПК України 2012 року нормативно не закріплено поняття суб'єктів доказування та не розкрито сутності поняття кримінально-процесуального доказування у судочинстві.

Загалом учені як доказування у кримінальному процесі визначають пізнавальну діяльність, що проходить у встановленій законом процесуальній формі, яка спрямована на виявлення обставин кримінального правопорушення, що мали місце в минулому, та встановлення істини у кримінальному провадженні, іншими словами, доказування – це загальний процес отримання сукупності доказів та обґрунтування ними відповідних процесуальних рішень у кримінальній справі.

У науці поширеною є думка, що процес доказування – це діяльність, пов'язана зі збиранням, перевіркою й оцінкою доказів. Воно й не дивно, адже у кримінально-процесуальному законодавстві від 1960 року не розкривалося поняття доказування у кримінальному процесі, а йшлося про збирання та подання доказів, а у ст. 67 – про їх оцінку. Така ж ситуація і з чинним КПК України, в якому не розкривається поняття доказування, а одразу зазначаються обставини, які підлягають доказуванню, збирання та оцінка доказів.

Тривалий час у працях науковців вказувалося, що ніякої змагальності в стадії досудового розслідування у кримінальному судочинстві України, особливо у сфері доказування, немає.

Видатний науковець К.Б. Калиновський зазначав, що теоретично забезпечити рівність сторін у збиранні доказів можливо лише двома способами: по-перше, шляхом

надання адвокату (захиснику) права на самостійне збирання доказів або навіть проведення паралельного розслідування; по-друге, шляхом передання права збирання. При цьому органи кримінального переслідування, позбавляючись цих процесуальних повноважень, зрівнюються зі стороною захисту. Сторони лише беруть участь у доказуванні [1, с. 93].

З цього приводу К.Ф. Гуценко заявив, що змагальний кримінальний процес є ілюзією, якій не судилося існувати у реальній судовій практиці. З погляду К.Ф. Гуценко, сторона обвинувачення використовує досить потужний державний арсенал матеріальних, технічних, організаційних ресурсів, який у свою чергу забезпечує високий ступінь обґрунтування своєї позиції у справі. Також науковець зазначає, що у змагальному процесі існують суттєві недоліки щодо забезпечення реальної процесуальної рівності сторін, оскільки сторона захисту не в змозі реально протистояти державним органам у частині збирання доказів за рахунок обмежених організаційних, матеріальних та інших можливостей [2, с. 5–6].

Нині чинним КПК України передбачено, що доказами у кримінальному провадженні виступають фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, 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 (ч. 1 ст. 84 КПК України), а також наявність права слідчого, прокурора оцінювати докази (ч. 1 ст. 94 КПК України), що вказує на повноваження сторони обвинувачення, на відміну від сторони захисту, робити висновок про те, чи є ті чи інші відомості доказами у справі [3]. А у змагальному процесі, як слушно наголошує Л.В. Карабут, надання права одній із сторін робити кваліфікацію фактичних даних як доказів є неприпустимим [4, с. 4].

Слід зазначити, що захисником у судочинстві виступає адвокат, відомості про якого обов'язково мають бути внесені до Єдиного реєстру адвокатів України. Стороною обвинувачення у кримінальному провадженні виступає прокурор, який є самостійним у своїй процесуальній діяльності.

Виходячи з аналізу ст. 93 КПК України, збирання доказів здійснюється стороною обвинувачення, стороною захисту та потерпілим. Однак звертаємо увагу на непропорційність тих правових засобів, які законодавець надав сторонам кримінального провадження для збирання доказів, адже повноваження з реалізації цього припису у сторін є нерівнозначними. Так, сторона обвинувачення здійснює збирання доказових матеріалів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребуючи та отримуючи від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених КПК України.

На противагу вищевказаному, згідно з положенням ст. 93 КПК України, передбачено, що захисник у справі здійснює збирання фактичних даних шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок. Також захисник може здійснювати збирання доказової бази шляхом ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів [3].

За змістом чинного законодавства суб'єктами негласних слідчих (розшукових) дій виступають посадові та службові особи уповноважених на це законом органів, що приймають рішення щодо їх здійснення, виконують

усі необхідні дії, спрямовані на їх організацію та проведення [5, с. 11]. З огляду на вищенаведене, згідно з чинним законодавством, слідчий, який здійснює досудове розслідування кримінального правопорушення, має право на проведення негласних слідчих (розшукових) дій. Також за його дорученням право на проведення негласних слідчих (розшукових) дій мають уповноважені оперативні підрозділи Національної поліції, органів безпеки, Національного антикорупційного бюро України, Державного бюро розслідувань, органів, що здійснюють контроль за додержанням податкового і митного законодавства, органів, установ виконання покарань та слідчих ізоляторів Державної кримінально-виконавчої служби України, органів Державної прикордонної служби України. За рішенням слідчого чи прокурора до проведення негласних слідчих (розшукових) дій можуть залучатися також інші особи.

Враховуючи положення чинного КПК України, сторона захисту вправі звертатися з клопотанням до слідчого з вимогою про проведення НСРД, а тому захисник також може розглядатися як суб'єкт їх провадження.

З огляду на це, немає підстав говорити про те, що, ініціюючи проведення таких процесуальних дій, сторона захисту здійснює збір доказів. У цій ситуації суб'єктом збирання доказів виступає слідчий, прокурор, який задовольнив вимоги у клопотанні сторони захисту і провів певну слідчу (розшукову) чи іншу процесуальну дію. На практиці реалізація стороною захисту такого права, як ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, може стати проблематичним, адже переважно такі клопотання не задовольняються, не тому, що воно є безпідставним чи невмотивованим, а тому, що проведення цих дій займе тривалий час, а слідчий або обмежений строком досудового розслідування, або проведення цих дій є невідповідним для слідства.

Захисник є самостійним суб'єктом збирання доказів лише в тому разі, коли витребує від свого імені та отримує від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб певні речі, копії документів, відомості, висновки експертів тощо, тобто дані, яких немає в матеріалах справи. Це обґрунтовується тим, що сторона захисту в цьому разі самостійно здійснює активні пошукові дії, що є визначені кримінальним процесуальним законом.

Водночас у чинному КПК України законодавцем не передбачено правових гарантій реалізації захисником свого права на витребування доказів, у зв'язку з чим захисник під час реалізації цього права повинен керуватися положеннями Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», згідно з яким адвокату надано право, зокрема, звертатися з адвокатськими запитами, у тому числі щодо отримання копій документів, до органів державної влади, органів місцевого самоврядування, їхніх посадових і службових осіб, підприємств, установ, організацій, громадських об'єднань, до фізичних осіб (за згодою таких фізичних осіб). Також захиснику відповідно до Закону надано право збирати відомості про факти, які можуть бути використані як докази, в установленому порядку, тобто запитувати, отримувати і вилучати речі, документи та їх належним чином завірені копії [6].

Практикуючі юристи нерідко стикаються з тією проблемою, коли на адвокатські запити не дають навіть формальної відповіді. Але у цьому контексті є позитивний момент: Кодексом України про адміністративні правопорушення передбачена норма, відповідно до якої неправомірна відмова в наданні інформації, несвоєчасне або неповне надання інформації, надання інформації, що не відповідає дійсності, у відповідь на адвокатський запит кваліфікується як порушення права на інформацію і передбачає адміністративну відповідальність (ст. 212-3 КУпАП) [7].

Варто зазначити, що неоліком КПК України, прийнятого у 2012 році, є те, що його положення чітко не врегу-

люють систему прав захисника, чітко не регламентовані межі повноважень адвоката на отримання витребуваних доказових матеріалів. Зазначені обмеження необхідно виводити шляхом тлумачення норм кримінального процесуального та інших законів і підзаконних актів.

Проаналізувавши норми чинного законодавства України, можна також виокремити такі обмеження повноважень захисника на витребування доказів: 1) не підлягає наданню на запит захисника інформація з обмеженим доступом та документи, які містять таку інформацію; 2) не можуть бути витребувані доказові матеріали, якщо це порушує конституційні права громадян; 3) не можуть бути витребувані доказові матеріали, якщо це обмежує дипломатичний імунітет; 4) захисник не компетентний запитувати матеріали досудового розслідування або оперативно-розшукової діяльності. Однак захисник має право у визначеному законом порядку знайомитися з матеріалами досудового розслідування до його закінчення або після відкриття матеріалів стороною обвинувачення [8, с. 100].

До сторони захисту, крім адвоката, кримінальний процесуальний закон відносить також підозрюваного, обвинуваченого, засудженого, виправданого, а у разі, якщо підозрюваним, обвинуваченим є неповнолітня особа або особа, що визнана недієздатною чи обмежено дієздатною, до сторони захисту процесуальне законодавство залучає законного представника. Задеклароване право витребувати певну інформацію вищенаведених осіб, що віднесені до сторони захисту, є абсолютно не забезпеченим, тому що жодної відповідальності за ненадання інформації за запитом вказаних осіб, які здійснюють захист самостійно, їх законних представників вітчизняне законодавство не передбачає.

Водночас участь підозрюваного, обвинуваченого у доказуванні забезпечує захист їхніх законних інтересів і водночас сприяє всебічному, повному і неупередженому дослідженню певних обставин кримінального провадження.

Новелою КПК України є допуск сторони захисту до експертних знань. Відповідно до ст. 243 КПК України сторона захисту має право самостійно залучати експертів на договірних умовах для проведення експертизи, у тому числі обов'язкової [3]. Подібне положення передбачене також у п. 10 ст. 20 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», наділивши адвоката правом одержувати письмові висновки фахівців, експертів із питань, що потребують спеціальних знань [6].

Такі нововведення у кримінальному процесуальному законодавстві покликані якоюсь мірою ліквідувати нерівність сторін у провадженні, за якої висновок експерта мав доказову силу лише тоді, коли проведення експертизи було призначено постановою слідчого, прокурора чи ухвалою суду. Однак на практиці сторона захисту вкрай рідко самостійно залучає експерта у справі, тому що відповідно до Закону України «Про судову експертизу» залучення експерта стороною захисту здійснюється на договірних умовах, тобто потребує оплати роботи експерта за власні кошти [9]. Якщо через фінансову неспроможність підозрюваний чи його захисник самостійно не здатні залучити експерта, слідчий суддя за результатами розгляду відповідного клопотання має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам, якщо особа, яка звернулася з клопотанням, доведе наявність підстав, визначених частиною першою цієї статті (ч. 6 ст. 244 КПК України).

Отже, можна стверджувати, що рівних можливостей щодо збирання сторонами доказів законодавець не створив, оскільки адвокат може збирати відомості переважно шляхом їх витребування, а інші суб'єкти сторони захисту, хоч і наділені правом витребування, самостійно його реалізувати переважно не можуть, тоді як сторона обвинувачення володіє повноваженнями на провадження слідчих (розшукових) дій, які є основним способом збирання доказової інформації. А надання стороні захисту одних лише проце-

суальних гарантій без механізму реалізації ініціативи сторони захисту щодо збирання фактичних даних недостатньо для підтримання балансу сторін.

Другим, не менш актуальним питанням дослідження цієї статті є подання стороною захисту доказів у кримінальному провадженні, а саме подання їх органу досудового розслідування, прокурору чи суду, що є логічним наслідком їх збирання. Проте не варто розцінювати подання стороною захисту доказів як заключну стадію їх збирання, оскільки далеко не кожен доказ, зібраний захисником та його підзахисним, у подальшому буде поданий і досліджений у судовому засіданні. Запитувани документи не обов'язково стануть згодом доказами: вирішувати, подавати чи не подавати зібрані документи суду в якості доказів, – право суб'єкта доказування. Суд може ніколи і не дізнатися, матеріали якого змісту в дійсності були у сторін. Якщо будь-хто зі сторін у провадженні бажає, щоб отриманий ним матеріал був включений у доказову базу, вона повинна подати його до суду. В іншому разі вся діяльність, що була проведена для отримання доказів, не отримає процесуального значення.

Коли подавати докази – це питання тактики захисту [10, с. 86]. Захисник, керуючись інтересами свого клієнта, а також тактичними прийомами, з урахуванням певної обставини сам визначає найкращий момент для подання того чи іншого доказу до суду. Це може бути як на стадії досудового розслідування, так і в судовому провадженні, адже законодавство не забороняє захиснику «притримати» здобуті ним доказові матеріали, не подавати їх слідчому у процесі досудового розслідування, а зробити це в судовому засіданні з метою спростування пред'явленого обвинувачення. Однак єдиною вимогою при цьому є дотримання стороною захисту положень ст. 290 КПК України щодо відкриття матеріалів стороні обвинувачення.

Чинне кримінальне процесуальне законодавство дозволяє захиснику взагалі не подавати отримані доказові матеріали слідчому, оскільки питання про винуватість особи вирішується на стадії судового розгляду, а тому і докази все одно доведеться подавати суду. Доцільність подання виправдувальних доказів саме в стадії досудового розслідування наявна, наприклад, тоді, коли вони можуть стати підставою для закриття кримінального провадження.

Перед тим як вирішити питання про подання доказів у суд, стороні захисту необхідно уважно проаналізувати усю доказову базу, порівняти доказ, який планується подати, із сукупністю інших доказів, що наявні в матеріалах досудового розслідування. Стороні захисту у цьому може допомогти процедура відкриття матеріалів іншій стороні, що є передбачене у ст. 290 КПК України.

Відповідно до ч. 6 ст. 290 КПК України сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані останнім на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Прийняття рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до матеріалів, що можуть

бути використані останнім на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення, може бути відкладено до закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування [3].

Сторона захисту у кримінальному провадженні подає зібрані докази безпосередньо, передаючи їх слідчому, прокурору, слідчому судді, суду.

Частиною першою статті 47 КПК України зазначено категоричний припис, відповідно до якого захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені цим Кодексом та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого [3].

Виходячи з вищеведеного, можна дійти висновку, що захисник має обов'язок збирати докази, що виправдовують підозрюваного чи обвинуваченого, за допомогою доступних йому правових процедур, а також подавати такі докази органам досудового розслідування чи суду.

Проте чи дійсно це є юридичний обов'язок захисника? Для ствердної відповіді на це питання немає підстав. По-перше, будь-який юридичний обов'язок передбачає настання відповідальності за його невиконання. За невиконання ж вказаного «обов'язку» захисника застосування жодних санкцій законодавством України не передбачено. По-друге, КПК України чітко наголошує саме на праві сторони захисту збирати і подавати слідчому, прокурору, слідчому судді, суду докази. З огляду на це, на наш погляд, «зобов'язання» захисника у контексті ч.1 ст. 47 КПК України є чимось іншим, ніж його юридичний обов'язок.

Висновок. Таким чином, варто зазначити, що нині законодавець у КПК України, надавши право стороні захисту збирати докази, зупинився на півшляху в напрямі реального зрівняння сторін обвинувачення і захисту у сфері збирання доказів, оскільки не передбачив процесуальної форми реалізації такого права. Адже законодавцем істотно обмежено сторону захисту у засобах реалізації права збирати доказову базу для здійснення захисту свого клієнта. Внаслідок цього подані стороною захисту фактичні дані можуть ставитися під сумнів з погляду їх допустимості і достовірності. Крім того, захисник, підозрюваний, обвинувачений мають значно менше правових засобів для отримання доказів, ніж сторона обвинувачення у судочинстві. Передбачені ж для захисту процесуальним та іншим законодавством правові положення, які є важелями для зрівноваження можливостей кожної із сторін щодо доказування, не можуть нейтралізувати більших можливостей сторони обвинувачення для формування доказової бази у змагальному процесі. Відповідно, підсумовуючи проаналізоване, можна дійти висновку про те, що задекларована засада змагальності і рівноправності сторін у збиранні та поданні до суду доказів у кримінальному провадженні не відповідає дійсності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Калиновский К.Б. О праве адвоката собирать доказательств в российском уголовном процессе. Криминалистический семинар. Вып. 3. Отв. ред. В.В. Новик. СПб.: Санкт-Петербургский юридический институт Генеральной прокуратуры РФ, 2000. С. 92–96.
2. Головки Л.В., Гуценко К.Ф., Филимонов Б.А. Уголовный процесс западных государств. Учебное пособие для юридических вузов. Под ред.: Гуценко К.Ф. 2-е изд., доп. и испр. М.: Зерцало-М. 2002. 528 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. №4651-VI (з наст. змін. та допов.) *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 9–10. № 11–12. № 13. ст.88.
4. Карабут Л.В. Щодо формування доказів під час досудової кримінальної процесуальної діяльності за новим КПК. Л. В. Карабут. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». 2012. № 1 (5). 13 с.
5. Кудінов С.С., Шехавцов Р.М., Дроздов О.М., Гриненко С.О. Негласні слідчі (розшукові) дії та використання результатів оперативно-розшукової діяльності у кримінальному провадженні: навчально-практичний посібник. Х.: Оберіг. 2013. 344 с.
6. Про адвокатуру та адвокатську діяльність: Закону України від 05.07.2012 р. №5076-VI (з наст. змін. та допов.) *Відомості Верховної Ради*. 2013. № 27. ст.282.
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.1984 р. №80731-X (з наст. змін. та допов.) *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. № 51. Ст. 1122.
8. Крушинський С.А. Подання доказів у кримінальному судочинстві України. Монографія. Хмельницький: Хмельницький університет управління та права. 2017. 247 с.
9. Про судову експертизу: Закон України від 25.02.1994 р. №4038-XII (зі змін. та допов.) *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 28. Ст. 232.
10. Зейкан Я.П. *Адвокат: навички професії*. Практичний посібник. К.: КНТ. 2008. 240 с.

МЕЖІ ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСАДИ ДИСПОЗИТИВНОСТІ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАЧЕННЯ ПРИ ОТРИМАННІ ДОЗВОЛУ СЛІДЧОГО СУДДІ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

LIMITS OF APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF DISPOSITION BY THE ACCUSING PART IN OBTAINING THE PERMISSION OF THE INVESTIGATING JUDGE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Давиденко С.В., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та оперативно-розшукової діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Скідан Н.В., студентка II курсу магістратури
Слідчо-криміналістичний інститут
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено визначенню меж дії принципу диспозитивності для суб'єктів із боку сторони обвинувачення у кримінальному провадженні при зверненні з клопотаннями щодо отримання дозволу слідчого судді на застосування заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів, а також при наданні дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи. Водночас констатовано, що межу застосування цієї засади для всіх учасників кримінальних процесуальних відносин визначає встановлена законодавцем кримінальна процесуальна форма.

З проведеного аналізу національної судової практики слідує висновок про те, що сторона обвинувачення, як і самі слідчі судді, доволі часто помилково застосовують положення чинного кримінального процесуального закону щодо можливості повернення вказаних клопотань на доопрацювання, посилаючись при цьому на засаду диспозитивності, а також використовуючи аналогію права у таких випадках. З огляду на викладене резюмовано, що можливість повертати вже подані клопотання слідчого, дізнавача, прокурора на доопрацювання надана виключно слідчому судді, який лише за власною ініціативою під час розгляду певного клопотання вправі прийняти відповідне процесуальне рішення. Тому представники сторони обвинувачення не мають повноважень на висловлення у будь-якій формі прохання (скарги, клопотання, заяви тощо) стосовно повернення раніше поданого клопотання з цією метою.

У наведеній статті запропоновано поділ клопотань, які подаються слідчому судді стороною обвинувачення без додержання вимог кримінального процесуального закону, на: 1) ті, які слідчий суддя повертає згідно з приписами КПК; та 2) ті, щодо яких цієї можливості законом не передбачено. Критерієм для розмежування клопотань на запропоновані види є наявність (для першої групи) чи відсутність (для другої групи) прямої вказівки на це у тій нормі, що регулює порядок розгляду відповідного клопотання слідчим суддею.

Використання такого розподілу забезпечило можливість віднести до другої класифікаційної групи клопотання прокурора, слідчого, дізнавача про отримання дозволу слідчого судді на застосування заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів, а також про надання дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи.

Ключові слова: засада диспозитивності, сторона обвинувачення, заходи забезпечення кримінального провадження, слідчі (розшукові) дії.

The article is devoted to defining the limits of the principle of dispositiveness for subjects by the prosecution in criminal proceedings when applying for permission of the investigating judge to apply measures to ensure criminal proceedings, precautionary measures, as well as granting permission to conduct investigative (investigative) actions in housing or other property of a person. It is stated that the limit of application of this principle for all participants of criminal procedural relations is determined by the criminal procedural form established by the legislator.

The analysis of national case law leads to the conclusion that the prosecution, as well as the investigating judges themselves, quite often misapply the provisions of the current criminal procedure law on the possibility of returning these motions for revision, referring to the principle of dispositiveness, as well as using analogy. rights in such cases. In view of the above, it is summarized that the opportunity to return the already submitted petitions of the investigator, coroner, prosecutor for revision is given only to the investigating judge, who only on his own initiative during the consideration of a petition has the right to make a procedural decision. Therefore, the representatives of the prosecution do not have the authority to make any request (complaint, petition, statement) to return a previously filed petition for this purpose.

The presented article proposes the division of petitions submitted to the investigating judge by the prosecution without complying with the requirements of the criminal procedure law into: 1) those that the investigating judge returns in accordance with the provisions of the CPC; and 2) those for which this possibility is not provided by law. The criterion for distinguishing petitions for the proposed types is the presence (for the first group) or the absence (for the second group) of a direct indication of this in the rule governing the procedure for consideration of the petition by the investigating judge.

The use of such a division provided an opportunity to refer to the second classification group the request of the prosecutor, investigator, coroner to obtain permission of the investigating judge to apply measures to ensure criminal proceedings, precautionary measures, as well as permission to conduct investigative (search) actions in housing or other property.

Key words: principle of dispositiveness, prosecution, measures to ensure criminal proceedings, investigative (search) actions.

Постановка проблеми. Принцип диспозитивності у кримінальному судочинстві посідає визначне місце, адже стосується використання наданих прав сторонами кримінального провадження. Однак межі його дії суттєво відрізняються залежно від процесуального статусу суб'єкта у конкретному провадженні. З огляду на це, вбачаємо за необхідне дослідити межі його застосування стороною обвинувачення, оскільки діяльність учасників, які її представляють, є головною рушійною силою кримінального провадження: саме вони спрямовують його хід, є суб'єктами збирання майбутніх доказів, а найважли-

віше – діють від імені держави, мають на меті встановити об'єктивну істину та виконати завдання кримінального провадження, передбачені ст. 2 Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК) [1]. До того ж це питання є проблемним і у практичній площині, ілюстративним підтвердженням чого є національна судова практика з цієї тематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Диспозитивність як засада кримінального провадження була предметом наукового пошуку таких учених-процесуалістів, як: Ю.М. Грушевський, С.О. Ковальчук, Л.М. Лобойко,

В.Т. Маляренко, О.В. Москаленко, В.В. Навроцька, В.Т. Нор, М.С. Строгович, В.М. Тертишник та інші відомі правники.

Метою статті є визначення меж дії засади диспозитивності для сторони обвинувачення при отриманні дозволу слідчого судді на застосування окремих заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів, а також при наданні дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи.

Виклад основного матеріалу. У доктрині кримінального процесу тривалий час точилися гострі дискусії щодо місця та значення принципу диспозитивності у кримінальному судочинстві. Вважаємо, що в цьому ракурсі варто погодитися з Ю.М. Грошевим, який свого часу, класифікуючи загальні засади кримінального процесу, вважав диспозитивність принципом, що забезпечує змагальність кримінального провадження [2, с. 315–317].

Також нині не викликає сумнівів авторське визначення принципу диспозитивності, яке сформулював Л.М. Лобойко, як правового положення, згідно з яким суб'єктам кримінального процесу надається і забезпечується можливість вільно, в межах закону обирати способи поведінки для захисту своїх кримінально-правових і процесуальних прав, а також впливати на хід і результати кримінально-процесуальної діяльності, головним призначенням якого є забезпечення гнучкості та повноти захисту заінтересованими суб'єктами процесу своїх прав, а також стимулювання їхньої активності у захисті цих прав [3, с. 6]. Натепер такий підхід до розуміння цієї засади кримінального провадження є загальноприйнятним.

У кримінальному процесуальному законі цей принцип регламентований ст. 26 КПК, відповідно до ч. 1 якої сторони кримінального провадження є вільними у використанні своїх прав у межах та у спосіб, передбачених цим Кодексом [1]. *Отже, у словосполученні «у межах та у спосіб, передбачених цим Кодексом» йдеться про кримінальну процесуальну форму, яка проявляється у постулаті: «дозволено лише те, що прямо передбачено законом».* Диспозитивність являє собою демократичну засаду побудови кримінального процесу, яка полягає в тому, що посадовим особам органів досудового розслідування, прокуратури та суду дозволяється робити тільки те, що законом передбачено, приватним особам на альтернативній основі на власний розсуд – «те, що не заборонено законом». При цьому учасникам процесу надаються широкі права, а їх обмеження допускаються як виняток крайньої необхідності [4, с. 167].

Із вищенаведеного можна зробити логічний висновок про те, що саме кримінальна процесуальна форма визначає межі дії засади диспозитивності для всіх учасників кримінального провадження. Деталізуючи сформульований висновок стосовно сторони обвинувачення, слід додати, що така кримінальна процесуальна форма є гарантією запобігання свавілля з боку представників сторони обвинувачення, оскільки встановлює чіткі межі реалізації наданих їм владних повноважень під час здійснення кримінального провадження. Це, у свою чергу, корелює з конституційним положенням про те, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України (ч. 2 ст. 19 Основного Закону). Тому засада диспозитивності має тлумачитися виключно з урахуванням суворо окресленої законодавцем кримінальної процесуальної форми.

Водночас судова практика свідчить про те, що інколи правозастосувачі реалізують окремі положення чинного кримінального процесуального закону з певними помилками та недоліками, зокрема, у питанні щодо правильного розуміння меж визначеної законодавцем кримінальної процесуальної форми у конкретних випадках. Так, пред-

ставники сторони обвинувачення неправомірно розширюють сферу її дії та виходять за межі своїх повноважень у ситуаціях, коли, звертаючись із відповідним клопотанням до слідчого судді, до початку його розгляду чи під час нього просять повернути клопотання на доопрацювання попри те, що КПК таку можливість не передбачено.

Зважаючи на це, у контексті загального дослідження меж кримінальної процесуальної форми слід зазначити, що остання не є однаковою для усіх кримінальних процесуальних заходів, засобів та дій. У певних процесуальних ситуаціях можливість повертати вже подані клопотання на доопрацювання надана виключно слідчому судді, який лише за власною ініціативою під час розгляду цього клопотання може прийняти відповідне рішення. Причому така можливість – не просто право слідчого судді, а його безпосередній обов'язок у разі, якщо він встановить, що клопотання подано без додержання вимог, які визначені для цього процесуального документа у чинному КПК України.

Виходити за передбачені законом межі своїх повноважень слідчі судді не можуть, оскільки це зумовлено дією засади диспозитивності щодо них самих, адже згідно з ч. 3 ст. 26 КПК слідчий суддя, суд у кримінальному провадженні вирішують лише ті питання, що винесені на їх розгляд сторонами та віднесені до їх повноважень цим Кодексом [1]. *Таким чином, слідчі судді повинні виносити ухвали про повернення поданих клопотань лише тоді, коли вказане повноваження прямо передбачено у відповідній нормі КПК.*

У свою чергу, представники сторони обвинувачення не мають повноважень на подання у будь-якій формі прохання (скарги, клопотання, заяви тощо) стосовно повернення раніше поданого клопотання. Такий висновок ґрунтується на використанні буквального способу тлумачення нормативних приписів діючого кримінального процесуального закону, що дозволяє нам констатувати: означеної можливості суб'єктам з боку сторони обвинувачення правотворцем не надано. Зокрема, цей кодифікований акт закріплює право звертатися до слідчого судді з клопотанням про проведення слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій у випадках, передбачених КПК, прокурору (п. 10 ч. 2 ст. 36 КПК), слідчому (п. 5 ч. 2 ст. 40 КПК), дізнавачу (п. 4 ч. 2 ст. 40-1 КПК) [1]. Отже, у наведених нормах мається на увазі загальна можливість звернення названих суб'єктів із такими клопотаннями до слідчого судді, але про можливість їх повернення для доопрацювання ані у цих положеннях, ані у спеціальних нормах щодо врегулювання порядку подання та розгляду конкретних клопотань не йдеться. На нашу думку, це пов'язано з природою процесуальної діяльності вказаних суб'єктів, а також із тим, що надання ним цієї можливості шкодить сумлінному виконанню останніми своїх обов'язків, що негативно впливає на хід кримінального провадження загалом.

Враховуючи викладене, вважаємо необхідним здійснити поділ клопотань, які подаються слідчому судді стороною обвинувачення без додержання певних вимог кримінального процесуального закону, на: 1) ті, які слідчий суддя повертає згідно з приписами КПК; та 2) ті, щодо яких цієї можливості законом не передбачено. Таким чином, критерієм для розмежування клопотань на запропоновані види є наявність (для першої групи) чи відсутність (для другої групи) прямої вказівки на це у тій нормі, що регулює порядок розгляду відповідного клопотання слідчим суддею.

Розглядаючи межі дії цього принципу у площині застосування заходів забезпечення кримінального провадження, варто відзначити, що відповідно до ч. 1 ст. 132 КПК заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються на підставі ухвали слідчого судді або суду, за винятком випадків, передбачених цим Кодексом [1]. З аналізу глави 10 розділу II КПК випливає, що сторона обвинувачення може звертатися до слідчого судді з клопотаннями

про застосування усіх заходів забезпечення, передбачених цими положеннями, за винятком виклику, що здійснюється слідчим, дізнавачем, прокурором, тимчасового вилучення майна та окремих видів затримання.

Здійснивши постатейний аналіз нормативних положень глави 10 розділу II КПК, а також враховуючи наведений раніше поділ клопотань, що подаються стороною обвинувачення слідчому судді, до першої групи слід віднести клопотання про застосування таких заходів забезпечення кримінального провадження, як: тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом (ч. 3 ст. 151 КПК), відсторонення від посади (ч. 2 ст. 156 КПК), арешт майна (ч. 3 ст. 172 КПК), оскільки можливість повернення слідчим суддею цих клопотань ініціаторам їх розгляду безпосередньо передбачена в означених нормах; і до другої групи – судовий виклик, привід, накладення грошового стягнення, тимчасовий доступ до речей і документів, оскільки положення ст. ст. 134, 142, 146 і 163 КПК не містять прямої вказівки на можливість такого повернення [1].

Одним із наочних прикладів неправильного тлумачення меж дії принципу диспозитивності як представниками сторони обвинувачення, так і самими слідчими суддями під час розгляду клопотання про застосування приводу є ухвала Печерського районного суду м. Києва від 03.02.2021 р. (справа № 757/4130/21-к). Так, слідчий звернувся з клопотанням про здійснення приводу. Разом із тим, до призначення розгляду клопотання слідчий звернувся із заявою про повернення вказаного клопотання для доопрацювання. У наведеній ситуації слідчий суддя правильно вказав, що кримінальним процесуальним законодавством не передбачено повернення такого клопотання. Однак потім ним помилково, на нашу думку, було застосовано положення ч. 6 ст. 9 та ч. 2 ст. 185 КПК, які у цьому разі не підлягають застосуванню [5]. Наведений висновок сформульовано з огляду на те, що аналогія права, передбачена ч. 6 ст. 9 КПК, не може бути застосована, оскільки у цьому разі законодавцем це питання врегульовано повною мірою, про що свідчить проведений нами раніше аналіз нормативних приписів, що регламентують порядок застосування заходів забезпечення кримінального провадження загалом і приводу зокрема. До того ж ст. 185 КПК, яка стосується клопотань про застосування запобіжних заходів, також не може бути використана під час розгляду вказаних клопотань.

Подібні помилки щодо надання дозволу на повернення клопотання про здійснення приводу на доопрацювання були допущені слідчими суддями також в: ухвалі Московського районного суду м. Харкова від 04.03.2021 р. (справа № 643/3827/21) [6], ухвалі Печерського районного суду м. Києва від 18.02.2021 р. (справа № 757/8632/21-к) [7] та в ухвалі Луцького міськрайонного суду Волинської області від 22.01.2021 р. (справа № 161/1160/21) [8], в якій, до речі, слідчий суддя навіть не навів жодного аргументу на користь прийнятого ним процесуального рішення, а лише послався на ст. ст. 369, 372 КПК щодо видів, форми та порядку ухвалення судових рішень.

У контексті вибраної тематики потребують дослідження межі застосування засади диспозитивності і при застосуванні запобіжних заходів. За загальним правилом, визначеним у ч. 4 ст. 176 КПК, запобіжні заходи застосовуються: під час досудового розслідування – слідчим суддею за клопотанням слідчого, погодженим із прокурором, або за клопотанням прокурора, а під час судового провадження – судом за клопотанням прокурора [1].

Однією з особливостей застосування запобіжних заходів є обов'язок суб'єктів з боку сторони обвинувачення щодо відкликання, зміни або доповнення клопотання про застосування запобіжного заходу, передбачений статтею 185 КПК. Проте варто звернути увагу на випадки застосування її нормативних положень. Так, обов'язок відкликати клопотання про застосування запобіжного заходу поклада-

ється виключно на прокурора та лише у випадку, якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу йому стали відомі обставини, що виключають обґрунтовану підозру у вчиненні особою кримінального правопорушення. Обов'язок доповнення, зміни та заміни поданого клопотання має бути виконано слідчим, прокурором, якщо після подання клопотання про застосування запобіжного заходу їм стали відомі інші обставини, що можуть вплинути на вирішення судом питання про застосування запобіжного заходу [1]. *Виходячи з аналізу означених положень закону, можна зробити висновок про те, що у цьому разі йдеться про факти виявлення нових обставин, які впливають на вирішення питання про застосування запобіжних заходів, а не про певні недоліки у клопотанні про це.*

Порядок розгляду клопотань про застосування запобіжних заходів та, відповідно, особливості їх застосування регламентовані ст. ст. 193 і 194 КПК, у яких визначено, що слідчий суддя за результатами розгляду поданого ініціатором клопотання може прийняти одне з наведених рішень, про що постановляє відповідну ухвалу: 1) задовольнити клопотання у повному обсязі при доведенні необхідних обставин наданими стороною доказами (ч. 1 ст. 194), 2) відмовити у його задоволенні (ч. 2 ст. 194), 3) зобов'язати підозрюваного перебувати за кожною вимогою до суду або до іншого органу державної влади, визначеного слідчим суддею (ч. 3 ст. 194), 4) застосувати більш м'який запобіжний захід, ніж той, який зазначений у клопотанні, а також покласти на підозрюваного додаткові обов'язки, передбачені ч. ч. 5 і 6 ст. 194 (ч. 4 ст. 194 КПК) [1]. *Отже, винесення рішення про повернення клопотань про застосування запобіжних заходів з метою їх доопрацювання через наявність виявлених у них недоліків взагалі не передбачено законодавцем, тому питання про це не може бути порушено ані стороною обвинувачення, ані самим слідчим суддею. Таким чином, всі ці клопотання відносяться до другої класифікаційної групи, запропонованої нами на початку представленої роботи.*

Ілюстративним прикладом помилкового застосування на практиці цих положень у контексті тлумачення меж дії засади диспозитивності для суб'єктів сторони обвинувачення у кримінальному провадженні є ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 27.01.2021 р. (справа № 752/2754/21). За обставинами цього провадження спочатку слідчий звернувся з клопотанням про застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою, після чого ним було подано заяву про повернення клопотання для його доопрацювання. Слідчий суддя, керуючись ч. 1 ст. 26 КПК, дійшов висновку про те, що необхідно повернути вказане клопотання слідчому [9].

Такі самі висновки стосовно клопотань про застосування різних запобіжних заходів містяться в ухвалах слідчих суддів Луцького міськрайонного суду Волинської області від 05.01.2021 р. (справа № 161/77/21) [10], від 10.02.2021 р. (справа № 161/2519/21) [11], від 11.03.2021 р. (справа № 161/4495/21) [12]. Причому у цих судових рішеннях взагалі відсутнє будь-яке обґрунтування та мотивування, а викладено лише короткі обставини звернення слідчого із відповідним клопотанням, що є грубим порушенням вимог кримінального процесуального закону та ставить під сумнів їх правомірність.

Досліджуючи межі дії принципу диспозитивності у площині подання клопотань щодо отримання дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій (далі – С(Р)Д), вважаємо за доцільне відзначити таке.

Так, сторона обвинувачення звертається до слідчого судді з клопотанням про надання дозволу на проведення окремих С(Р)Д, а саме обшуку (ч. 2 ст. 234 КПК), огляду житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 237 КПК), слідчого експерименту, що проводиться в житлі чи іншому володінні особи (ч. 5 ст. 240 КПК), а також для проведення

допиту свідка, потерпілого під час досудового розслідування в судовому засіданні (ч. 1 ст. 225 КПК) як винятку із засади безпосередності дослідження показань, речей і документів (що не є предметом наукового пошуку цього дослідження). У наведених процесуальних нормах можливість звернення вказаних вище суб'єктів із проханням повернути вже подані клопотання про надання дозволу на проведення зазначених С(Р)Д на доопрацювання (чи для усунення певних недоліків) прямо не передбачена, а отже, необхідно виходити з їх системного тлумачення. Враховуючи те, що розгляд слідчим суддею клопотань про надання дозволів на проведення огляду та слідчого експерименту у житлі чи іншому володінні особи здійснюється згідно з правилами КПК, передбаченими для обшуку житла чи іншого володіння особи (ч. 2 ст. 237, ч. 5 ст. 240 КПК) [1], то вимоги стосовно подання клопотань, їх розгляду та постановлення відповідної ухвали за його результатами є однаковими для цих трьох С(Р)Д, тому подальше дослідження має проводитися з урахуванням положень ч. ч. 3-6 ст. 234 та ст. 235 КПК [1].

Детальний аналіз вищезазначених норм дозволяє констатувати, що слідчий суддя може прийняти лише одне із двох різновидів процесуальних рішень: надати дозвіл на проведення С(Р)Д у житлі чи іншому володінні особи, про що постановляється відповідна ухвала (ст. 235 КПК), або відмовити у задоволенні клопотання про дозвіл на проведення С(Р)Д у житлі чи іншому володінні особи, про що також постановляється ухвала (ч. 6 ст. 234 КПК).

Таким чином, повернення клопотань щодо отримання дозволу на проведення вказаних слідчих (розшукових) дій не передбачено кримінальним процесуальним законом, тому питання про це не може бути предметом розгляду слідчого судді ані за власної ініціативи, ані з ініціативи представників сторони обвинувачення. Отже, всі ці клопотання відносяться до другої класифікаційної групи, запропонованої авторами в межах цієї статті.

Яскравим прикладом неправильного тлумачення цитованих норм є ухвала Печерського районного суду м. Києва від 16.02.2021 р. (справа № 757/8086/21-к). Так, до провадження слідчого судді надійшло клопотання про проведення огляду житла чи іншого володіння особи. До початку розгляду клопотання слідчим було подано заяву про повернення клопотання для доопрацювання. Розглядаючи це клопотання, слідчий суддя правильно зазначив, що кримінальним процесуальним законодавством не передбачено повернення клопотання за заявою слідчого/прокурора. Проте далі, посилаючись на п. 19 ч. 1 ст. 7, ч. 1 ст. 26, ч. 6 ст. 9 та ч. 2 ст. 185 КПК, він прийшов до переконання,

що клопотання підлягає поверненню прокурору, адже подання останнього є його правом [13]. *Вбачається, що у цьому разі посилання на аналогію права є помилковим, адже окреслені кримінальні процесуальні відносини чітко врегульовані наведеними вище положеннями КПК, тому у зверненні за аналогією до ч. 2 ст. 185 КПК немає потреби.* Висновки подібного характеру були зроблені і при винесенні ухвал: Печерського районного суду м. Києва від 10.02.2021 р. (справа № 757/6921/21-к) [14], Іванківського районного суду Київської області від 27.07.2020 р. (справа № 366/925/20) [15], Печерського районного суду м. Києва від 04.09.2020 р. (справа № 757/37880/20-к) [16].

Висновки. Вважаємо, що варто погодитися з тим, що диспозитивність проявляється у реалізації прав, а передбачені обов'язки інших учасників кримінального судочинства та процесуальна форма виступають гарантіями здійснення засади диспозитивності у кримінальному процесі [17]. Таким чином, суб'єктами диспозитивності є учасники кримінального процесу (у вузькому значенні цього терміну), а також свідок – щодо права відмовитися від давання показань щодо себе, членів своєї сім'ї та близьких родичів [18, с. 139].

Враховуючи вищевикладене, погоджуємося із позицією про те, що владні суб'єкти кримінального провадження не є і не можуть бути суб'єктами диспозитивності на стадії досудового розслідування. Слідчий, прокурор, дізнавач не мають суб'єктивних прав, вільно реалізуючи які, можна було стверджувати про реалізацію засади диспозитивності: вони мають службові, державно-владні повноваження, які являють собою одночасно і право, і обов'язок діяти певним чином. Однак обґрунтованість процесуальних рішень вимагає врахування при їх прийнятті низки факторів. Тому за наявності певних обставин ці суб'єкти отримують певного роду дискрецію¹ [18, с. 138–139].

Отже, прояв такої дискреції у разі реалізації стороною обвинувачення засади диспозитивності (зокрема, положень ч. 1 ст. 26 КПК) виражається у процесуальній самостійності її суб'єктів при прийнятті ними відповідних рішень у конкретному кримінальному провадженні, межею якої є процесуальна форма, чітко регламентована кримінальним процесуальним законом.

Тому немає потреби у розширенні меж застосування принципу диспозитивності представниками сторони обвинувачення під час отримання дозволу слідчого судді на застосування заходів забезпечення кримінального провадження, запобіжних заходів, а також під час надання дозволу на проведення слідчих (розшукових) дій у житлі чи іншому володінні особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17>.
2. Грошевий Ю.М. Система загальних засад кримінального провадження за новим Кримінальним процесуальним кодексом України. *Актуальні проблеми кримінального права, процесу та криміналістики* : матеріали IV міжнар. наук.-практ. конф., присвяченої 95-річчю з дня народження проф. М.В. Салтєвського (м. Одеса, 2 листопада 2012 року). С. 315–317.
3. Лобойко Л.М. Методи правового регулювання у кримінальному процесі України : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.09. Харків, 2007. 37 с.
4. Москаленко О.В. Принцип диспозитивності у кримінальному процесі України. *Збірник наукових праць Харківського національного педагогічного університету імені Г. С. Сковороди «ПРАВО»*. 2016. Вип. 24. С. 164–168.
5. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 03.02.2021 р. у справі № 757/4130/21-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94957591>.
6. Ухвала Московського районного суду м. Харкова від 04.03.2021 р. у справі № 643/3827/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95396289>.
7. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 18.02.2021 р. у справі № 757/8632/21-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95268128>.
8. Ухвала Луцького міськрайонного суду Волинської області від 22.01.2021 р. у справі № 161/1160/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94316096>.
9. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 27.01.2021р. у справі № 752/2754/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94429657>.

¹ Дискреція – це вирішення службовою особою або державним органом будь-якого питання на власний розсуд. Владні суб'єкти кримінального судочинства на стадії досудового розслідування реалізують дискреційні повноваження, є носіями дискреційної влади, ознаками якої є наступні: 1) суб'єктом дискреційних повноважень є лише державний орган або його посадова особа; 2) метою їх діяльності є захист публічних інтересів; 3) підставою застосування цих повноважень є розсуд у межах, установлених законом; 4) самостійність реалізації дискреції (тобто відсутність необхідності узгодження дій про застосування розсуду з іншими суб'єктами) [19, с. 13].

10. Ухвала Луцького міськрайонного суду Волинської області від 05.01.2021 р. у справі № 161/77/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94004458>.
11. Ухвала Луцького міськрайонного суду Волинської області від 10.02.2021 р. у справі № 161/2519/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94794277>.
12. Ухвала Луцького міськрайонного суду Волинської області від 11.03.2021 р. у справі № 161/4495/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/95439939>.
13. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 16.02.2021 р. у справі № 757/8086/21-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94991946>.
14. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 10.02.2021 р. у справі № 757/6921/21-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94857881>.
15. Ухвала Іванківського районного суду Київської області від 27.07.2020 р. у справі № 366/925/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90655483>.
16. Ухвала Печерського районного суду м. Києва від 04.09.2020 р. у справі № 757/37880/20-к. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/91798326>.
17. Герасимчук О. Структура принципу диспозитивності у кримінальному процесі. *Право України*. 2007. № 3. С. 128–131. URL: <http://eprints.oa.edu.ua/840/1/struktura.pdf>.
18. Волошина В.К. Реалізація принципу диспозитивності у стадії досудового розслідування. *Форум права*. 2011. № 3. С. 134–140.
19. Дерев'янкін С.Л. Публічність та диспозитивність у кримінальному судочинстві : автореф. дис. на здобуття наук. ступеня канд. юрид. наук : спец. 12.00.09. Харків, 2005. 20 с.

ДОПУСТИМІСТЬ ДОКАЗІВ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ

ADMISSIBILITY OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Коробка О.С., старший викладач кафедри правосуддя
Сумський національний аграрний університет

Стаття присвячена одному з актуальних питань кримінального процесу. На підставі аналізу джерел літератури та судової практики досліджено питання допустимості доказів у кримінальному процесі. Із прийняттям нового Кримінально-процесуального кодексу України належність та допустимість доказів стали законодавчо закріпленими властивостями доказів. У науці вказується, що саме допустимість є мірилом законності доказів. Серед науковців нема єдності поглядів щодо місця та значення допустимості доказів. Допустимість доказів у кримінальному процесі є законодавчо закріпленою властивістю доказів, яка стосується їх форми. Пропонується до критеріїв розмежування допустимості від інших властивостей доказів віднести такий критерій: застосовується на завершальному етапі (ч. 1 ст. 89 КПК України), у виняткових випадках (у разі явної недостовірності доказу) протягом судового розгляду. Визначено, що на підставі положень ст. 87–89 КПК України доказ вважається допустимим, якщо він не визнаний судом недопустимим у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення, а також у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду. На основі аналізу правових позицій Верховного суду визначено, що суд, визнаючи доказ недопустимим, повинен встановити: 1) істотність порушення фундаментальних прав та свобод людини; 2) обґрунтованість застосування ч. 1 ст. 87 КПК України; 3) перелік підстав для визнання доказу недопустимим, зазначених у ст. 87 КПК України, є невичерпним, що дозволяє суду розширене тлумачення цієї статті у межах істотного порушення фундаментальних прав та свобод людини; 4) слідчий чи прокурор зобов'язані невідкладно постфактум звернутися до слідчого судді з клопотанням про обшук, а інакше докази, здобуті у такий спосіб, будуть визнані недопустимими; 5) суд повинен оцінювати допустимість доказів, ураховуючи обставини кожного конкретного кримінального провадження.

Ключові слова: допустимість доказів, правові позиції Верховного суду, недопустимість доказів, властивості доказів.

An article devoted to one of the topical issues of the criminal process. Based on the analysis of sources of literature and case law, the issue of admissibility of evidence in criminal proceedings was investigated. With the adoption of the new Code of Criminal Procedure of Ukraine, the affiliation and admissibility of evidence have become legally established properties of evidence. Science indicates that admissibility is a measure of the legality of evidence. There is no consensus among scholars on the place and significance of the admissibility of evidence. Permissible availability of indicators in criminal proceedings is enshrined in law by the authorities of indicators, which is related to their forms. It is proposed to include the criterion in the criteria for distinguishing admissibility from other properties of evidence: it is applied at the final stage (Part 1 of Article 89 of the CPC of Ukraine), in exceptional cases (obvious inaccuracy of evidence) during the trial. It is determined that on the basis of the provisions of Art. 87–89 of the CPC of Ukraine considers admissible if it has not determined by the court inadmissible in the local room during the court decision, as well as in case of establishing obvious inadmissible evidence during the trial. Based on the analysis of the legal positions of the Supreme Court, it is established that the court, recognizing the evidence inadmissible, should establish: 1) the significance of the violation of fundamental human rights and freedoms; 2) the validity of the application of Part 1 of Art. 87 of the Criminal Procedure Code of Ukraine; 3) a list of grounds for declaring the evidence inadmissible specified in Art. 87 of the CPC of Ukraine is inexhaustible, which allows the court an expanded interpretation of this article in the context of a significant violation of fundamental human rights and freedoms; 4) the investigator or prosecutor is obliged to immediately after the fact apply to the investigating judge with a request for a search, otherwise the evidence obtained in this way will be declared inadmissible; 5) the court must assess the admissibility of evidence taking into account the circumstances of each specific criminal proceeding.

Key words: admissibility of evidence, legal positions of the Supreme Court, inadmissibility of evidence, properties of evidence.

Упровадження міжнародних стандартів, судової практики та результатів напрацювань учених сприяло оновленню кримінального процесуального законодавства. Новий Кримінально-процесуальний кодекс (далі – КПК) України кардинально змінив підходи досудового слідства та судового розгляду. Серед завдань кодексу основним є захист особи, її прав і свобод, інтересів суспільства і держави від кримінальних правопорушень. Його втіленню покликаний сприяти інститут допустимості доказів, без якого неможливо винести справедливий вирок.

У науковому співтоваристві дослідженню допустимості доказів свої роботи присвятили Ю. Алєнін («Шляхи вдосконалення початку досудового розслідування» (2013), автор звертає увагу на недоліки процесуального закону щодо процедури розслідування кримінальних правопорушень слідчим) [1]; Д. Сергєєва («Допустимість доказів в теорії та КПК 2012 року» (2015), авторкою проаналізований інститут допустимості доказів у чинному кримінальному процесуальному законодавстві України, визначені його окремі недоліки) [2]; В. Вапнярчук («Загальна характеристика властивостей доказів та їх розмежування між собою» (2015), автор досліджує достовірність як одну із властивостей доказів, вказує на її важливість у кримінальному процесі та місце серед інших властивостей доказів) [3]; В. Малярєва «Належність та допустимість доказів у кримінальному провадженні» (2016), авторка досліджує проблему допустимості доказів у кримінальному провадженні з огляду на нове кримінальне процесуальне законо-

давство) [4]; А. Лисєюк («Доказування на досудовому етапі кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері незаконного обігу підкацизних товарів: проблеми теорії та практики: монографія» (2019), монографію присвячено аналізу наукових джерел, узагальненню правозастосовної практики проблематики доказування на досудовому етапі кримінальних проваджень) [5]; В. Юрчишин, М. Гуцуляк («Особливі методи розслідування відповідно до кримінального процесуального законодавства ФРН» (2019), автори відзначають процесуальний порядок проведення особливих методів розслідування та інших негласних слідчих (розшукових) дій у ФРН, їх форми та методи мають свої відмінності від процесуального законодавства України, інколи викликають питання допустимості таких доказів із погляду КПК України) [6]; Я. Конюшенко, М. Король («Важливість показань свідка у кримінальному провадженні» (2020), автори зазначають, що допустимістю показань свідка у кримінальному провадженні є чітке дотримання нормативних вимог процесуального закону під час отримання таких показань від належного суб'єкта та їх фіксації; межами допустимості показань виступають нормативно визначені грані, наслідком виходу за які є визнання отриманих доказів неприпустимими) [7] та інші.

У теорії кримінального процесуального права точаться дискусії щодо властивостей доказів як процесуальної форми обставин реальної дійсності, які підтверджують чи часують наявність кримінального правопорушення та особи, яка його вчинила. Учені пропонували та відстоювали різні влас-

тивості доказів, серед них можна виділити: належність, силу, допустимість, значущість, достовірність, достатність тощо [8, 9, 10]. Лише у 2012 році належність та допустимість знайшли своє закріплення у ст. 85, 86 КПК України.

В. Вапнярчук вказує, що допустимість стосується форми доказів [3, с. 363]. Часто висловлюється думка, що допустимість доказів як властивість, що оцінює їх на відповідність кримінальній процесуальній формі отримання, визначеній КПК України, є основною властивістю доказів. Вона визначає їх придатність для доведеності кримінального правопорушення і, як наслідок, притягнення до відповідальності винної особи. Недопустимий доказ не може бути використаний під час прийняття процесуальних рішень та винесення відповідного судового рішення суддею (ч. 2 ст. 86 КПК України).

Слід зауважити, що недопустимим доказом прийнято розуміти не доказ, що отриманий із будь-яким порушенням процесуального закону, а лише той, що містить істотні порушення прав і свобод людини. Суд, вирішуючи питання щодо допустимості доказу в контексті ч. 1 ст. 87 КПК, має обґрунтувати, чому він вважає порушення фундаментального права або свободи настільки істотним, щоб зумовити недопустимість доказу. Застосовуючи ч. 1 ст. 87 КПК під час визнання недопустимими похідних доказів, суд має встановити не лише те, що первісний доказ отриманий із порушенням фундаментальних прав і свобод людини та використовувався в процедурах, які привели до отримання похідного доказу, а й те, що похідний доказ здобутий саме завдяки тій інформації, яка міститься в первісному доказі, що визнаний недопустимим [11].

Допустимим є будь-який доказ, крім того, що отриманий з істотним порушенням фундаментальних прав і свобод людини, закріплених у Конституції України, законах України та міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Критеріями розмежування допустимості від інших властивостей доказів визнаються: 1) допустимість належить тільки до форми і не стосується змісту доказів (якщо виділяти форму та зміст доказів); 2) визначається дотриманням правил, прямо вказаних у законі [3, с. 365–366]; 3) застосовується на завершальному етапі (ч. 1 ст. 89 КПК України), у виняткових випадках (у разі явної недостовірності доказу) протягом судового розгляду.

Виходячи з положень ст. 87–89 КПК України, доказ вважається допустимим, якщо він не визнаний судом недопустимим у нарадчій кімнаті під час ухвалення судового рішення, а також у разі встановлення очевидної недопустимості доказу під час судового розгляду. Звідси питання допустимості доказів у кримінальному процесі доречно розглянути через призму підстав визнання доказів недопустимими.

Ураховуючи сучасні тенденції вітчизняної правової системи, проаналізуємо ці підстави через правові позиції Верховного суду. Так, у справі № 359/7742/17 (провадження № 51–2114км19) [12] Верховний суд дійшов висновку про недопустимість формально підходу до застосування норм ст. 87 КПК України: докази суд визнає недопустимими не за будь-якого порушення процесуального закону, а лише у разі істотного порушення фундаментальних прав і свобод людини. У своєму рішенні суд зазначив, що докази, отримані у процесі досудового розслідування, а саме протокол проведення слідчих експериментів за участю ОСОБИ_1 (щодо якої у подальшому було змінено процесуальний статус зі свідка на підозрюваного та обвинуваченого), а також висновки інженерно-технічної експертизи та судової автотехнічної експертизи, є належними, доведеними та допустимими, оскільки вони підтверджені у подальшому як самим обвинуваченим, так і наявними доказами у кримінальному провадженні [12].

Розглядаючи іншу справу [13], де йшлося про визнання недопустимим протоколу допиту потерпілої ОСОБИ_5 із

підстав не зазначення відомостей про особу, яка провела допит, та її підпису і вказівки причини виклику свідка на допит, що не має стосунку до кримінального провадження [13], Верховний суд у своїй Постанові від 8 жовтня 2019 року у справі № 639/8329/14-к (провадження № 51-8259км18) [13] зазначив, що, ухвалюючи судові рішення щодо недопустимості доказу, суд повинен його обґрунтувати (вказавши конкретне право або свободу особи), довівши, що порушення фундаментального права або свободи, яке відбулося, є істотним, і саме це зумовило потребу застосувати ч. 1 ст. 87 КПК. Крім того, суд зазначив, що і визнання похідного доказу недопустимим через недопустимість первісного доказу має бути обґрунтованим, а саме наявний причинний зв'язок між похідним доказом і інформацією, яка взята з визнаного недопустимим первісного доказу [13, 14].

Постановою Верховного Суду від 25 вересня 2018 року у справі № 210/4412/15-к (провадження № 51-80км17) було встановлено правову позицію у питанні переліку діянь, які передбачені у ст. 87 КПК України. Суд дійшов висновку, що перелік підстав для визнання фактичних даних недопустимими як докази не є вичерпним і становить собою порушення фундаментальних гарантій, що дає певний орієнтир для визначення змісту поняття «істотне порушення» у випадках, які не підпадають під цей перелік [15].

Частою підставою визнання доказу недопустимим у судовій практиці є здійснення процесуальних дій, які потребують попереднього дозволу суду, без такого дозволу або з порушенням його суттєвих умов. Ця ситуація не залишилася поза увагою Верховного суду, який сформував низку правових позицій стосовно цього. У Постанові Верховного Суду зазначається, що недопустимими визнаються докази, отримані під час огляду та обшуку житла чи іншого володіння особи, якщо вони проведені за правилами ч. 2 ст. 234 та ч. 2 ст. 237 КПК України, і в подальшому необхідно невідкладно після здійснення таких дій звернутися з клопотанням про проведення обшуку до слідчого судді, а інакше, за умови порушення цих правил, відмова прокурора погодити клопотання слідчого про обшук чи слідчого судді у задоволенні клопотання про обшук призводить до визнання здобутих у такий спосіб доказів недопустимими [16].

Законодавча невизначеність поняття «невідкладного строку» часто призводить до зловживання з боку правоохоронних органів. Так, Верховний суд у Постанові від 26 листопада 2019 року у справі № 310/4839/17 (провадження № 51-9943км18) у черговий раз зазначив про дотримання вимог закону щодо «невідкладного строку» здійснення процесуальних дій, передбачених КПК України [17].

На практиці часто під час огляду місця події, яке знаходиться в приміщенні, виникає питання, чи потрібно отримати попередній дозвіл слідчого судді на проведення такої слідчої дії. Верховний суд у своїй постанові від 5 вересня 2019 року у справі № 518/203/17 (провадження № 51-6828км18) [18], у якій захисник заявляв про недопустимість протоколу огляду місця події через недотримання вимоги КПК України про попередній дозвіл від слідчого судді на проведення цієї слідчої дії, підтримав висновки нижчестоящих судових інстанцій, погоджуючись із висновком, що місце виявлення трупа вважається місцем події, незалежно від того, де настала смерть людини, його огляд є невідкладною слідчою дією, яка не потребує попереднього дозволу слідчого судді, а тому протокол такого огляду не може бути визнаний недопустимим доказом [11].

Вартою уваги також є правова позиція Верховного суду, сформульована у постанові від 25 червня 2019 року у справі № 423/1766/16 (провадження № 51-1105км19) [19]. Суд вказав, що відсутність захисника під час відібрання зразків крові в особи не є такою обставиною, що зумовлює недопустимість висновку судово-медичної експертизи через порушення права на захист, оскільки зразки крові містять

інформацію, зміст якої не залежить від волі особи, в якій вони відбираються [11]. Також суд вказав, що згідно із ст. 236 КПК питання щодо присутності підозрюваного під час проведення обшуку вирішується за розсудом слідчого, підстави вважати протокол обшуку, проведеного за відсутності підозрюваного, недопустимим доказом відсутні [11].

Підсумовуючи наведені правові позиції Верховного суду, зазначимо, що суд, визнаючи доказ недопустимим, повинен встановити: 1) істотність порушення фундаментальних прав та свобод людини; 2) обґрунтованість застосування

ч. 1 ст. 87 КПК України; 3) перелік підстав для визнання доказу недопустимим, зазначених у ст. 87 КПК України, є невичерпним, що дозволяє суду розширене тлумачення цієї статті у межах істотного порушення фундаментальних прав та свобод людини; 4) слідчий чи прокурор зобов'язані невідкладно постфактум звернутися до слідчого судді з клопотанням про обшук, а інакше докази, здобуті у такий спосіб, будуть визнані недопустимими; 5) суд повинен оцінювати допустимість доказів, ураховуючи обставини кожного конкретного кримінального провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Алєнін Ю.П. Шляхи вдосконалення початку досудового розслідування. *Наукові праці Національного університету "Одеська юридична академія"*. 2013. Т. 13. С. 175–184. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nponyua_2013_13_19 (дата звернення: 01.03.2021).
2. Сергєєва Д.Б. Допустимість доказів в теорії та КПК 2012 року. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 3. С. 80–87. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/vks_2015_3_11 (дата звернення: 01.03.2021).
3. Вапнярчук В.В. Загальна характеристика властивостей доказів та їх розмежування між собою. *Держава і право. Серія: Юридичні науки*. 2015. Вип. 68. С. 361–375. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/13433/1/Vapnyarchuk_361-375.pdf (дата звернення: 01.03.2021).
4. Малярєва В.О. Належність та допустимість доказів у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2016. №29. Ч. 2. Т.3 С. 119–122. URL: <https://dspace.uzhnu.edu.ua/jspui/bitstream/lib/12323/1.pdf> (дата звернення 01.03.2021).
5. Лисєюк А.М. Доказування на досудовому етапі кримінальних проваджень щодо злочинів у сфері незаконного обігу підкацюзних товарів: проблеми теорії та практики : монографія / А. М. Лисєюк, Д. Г. Мулявка, А.О. Гончарова ; Держ. фіскальна служба України, Ун-т ДФС України. Київ, 2019. 326 с. URL: http://ir.nusta.edu.ua/jspui/bitstream/doc/3801/1/4007_IR.pdf (дата звернення: 01.03.2021).
6. В.М. Юрчишин, М.Я. Гуцуляк Особливі методи розслідування відповідно до кримінального процесуального законодавства ФРН. *Актуальні проблеми вітчизняної юриспруденції. Спецвипуск*, 2019. С. 141–144. URL: <http://apnl.dnu.in.ua/2019/39.pdf> (дата звернення: 01.03.2021).
7. Коношенко Я.Ю., Король М.Г. Важливість показань свідка у кримінальному провадженні. Стратегічний потенціал державного та територіального розвитку: матеріали IV міжнародної науково-практичної конференції (наукове електронне видання) м. Маріуполь, 9 жовтня 2020 р. Маріуполь. 2020. С. 160–161. URL: <http://rp.dsum.edu.ua/bitstream/123456789/1889/1/160-161.pdf> (дата звернення: 01.03.2021).
8. Побєдкін А.В. Уголовно-процессуальное доказывание / А.В. Побєдкін. М.: Издательство «Юрлитинформ», 2009. 416 с.
9. Гридчин А.А. Обеспечение допустимости доказательств на предварительном следствии (процессуальные вопросы): Автореф. дисс. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.09 / А. А. Гридчин. М., 1999. 21 с.
10. Орлов Ю.К. Основы теории доказательств в уголовном процессе: науч. – практ. пособие / Ю.К. Орлов. М., 2000. 144 с.
11. Огляд судової практики Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду щодо недопустимості доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Рішення, внесені до ЄДРСР за період з 2018 року по жовтень 2020 року. URL: https://supreme.court.gov.ua/userfiles/media/new_folder_for_uploads/supreme/Ogljad_KKS_VS.pdf (дата звернення 02.03.2021).
12. Постанова Верховного Суду від 28 січня 2020 року у справі № 359/7742/17 (провадження № 51-2114км19). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/87334567> (дата звернення: 10.03.2021).
13. Постанова Верховного Суду від 8 жовтня 2019 року у справі № 639/8329/14-к (провадження № 51-8259км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/85238666> (дата звернення: 12.03.2021).
14. Постанова Верховного Суду від 12 листопада 2019 року у справі № 236/863/17 (провадження № 51-8865км18). URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/8558358> (дата звернення: 12.03.2021).
15. Постанова Верховного Суду від 25 вересня 2018 року у справі № 210/4412/15-к (провадження № 51-80км17) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/76859981> (дата звернення: 12.03.2021).
16. Постанова Верховного Суду від 23 травня 2018 року у справі № 159/451/16-к (провадження № 51-1173зпв18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/74342648> (дата звернення: 12.03.2021).
17. Постанова Верховного Суду від 26 листопада 2019 року у справі № 310/4839/17 (провадження № 51-9943км18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86162670> (дата звернення: 13.03.2021).
18. Постанова Верховного Суду від 5 вересня 2019 року у справі № 518/203/17 (провадження № 51-6828км18) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/84152931> (дата звернення: 13.03.2021).
19. Постанова Верховного Суду від 25 червня 2019 року у справі № 423/1766/16 (провадження № 51-1105км19) URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/82769623> (дата звернення: 14.03.2021).

**ВІДБРАННЯ БІОЛОГІЧНИХ ЗРАЗКІВ ДЛЯ ЕКСПЕРТИЗИ:
ВІТЧИЗНЯНИЙ ТА ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД****SELECTION OF BIOLOGICAL SAMPLES FOR EXAMINATION:
DOMESTIC AND FOREIGN EXPERIENCE**

Коропецька С.О., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»

Савченко В.А., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Івано-Франківський юридичний інститут
Національного університету «Одеська юридична академія»

Розглянуто питання відбирання біологічних зразків для експертизи в Україні та низці зарубіжних країн, зокрема у Білорусі, Молдові, Узбекистані, Казахстані, Туркменістані, Польщі, Австрії та ФРН. Проаналізовано відповідні кримінальні процесуальні норми, якими регулюється процедура відбирання біологічних зразків від особи, межі та особливості застосування примусу під час проведення цієї слідчої (розшукової) дії з огляду на забезпечення засад поваги до людської гідності, невтручання в особисте та приватне життя, недоторканності особи. Проведено порівняльний аналіз законодавчого закріплення відбирання зразків для експертизи, в результаті чого зроблено висновок про те, що в окремих країнах пострадянського простору спостерігається як відмінний, так і багато в чому схожий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, однак при цьому вбачаються чимало недоліків та суперечностей. Констатується, що найбільш вдалими є відповідні норми КПК Республіки Казахстан, якими встановлені підстави отримання зразків та їх види; вказуються особи, які уповноважені на проведення цієї слідчої дії, та особи, у яких допускається відбирання зразків; регламентується процесуальний порядок відбирання зразків слідчим, лікарем та експертом; визначаються межі, в яких допустиме відбирання з огляду на дотримання прав та законних інтересів особи, її честі та гідності, втручання у сферу її приватності та недопустимість завдання шкоди її життю та здоров'ю.

Визначено, що відбирання біологічних зразків для проведення експертизи під час розслідування кримінальних правопорушень, зокрема спрямованих проти життя та здоров'я особи, є важливою та часом необхідною слідчою (розшуковою) дією. Видається, що у чинному Кримінальному процесуальному кодексі України її проведення регламентовано недостатньо з огляду на відсилочний характер статті 245 КПК до норм, якими регулюється проведення освідування та тимчасового доступу до речей і документів. Ні освідування, ні доступ до предметів не пов'язані такою мірою із втручанням в особисту сферу людини, як відбирання біологічних зразків, особливо із застосуванням примусу.

Ключові слова: біологічні зразки, експертиза, недоторканність, обстеження, освідування.

The question of receiving of biological standards is considered for examination in Ukraine and row of foreign countries, in particular in Belarus, Moldova, Uzbekistan, Kazakhstan, Turkmenistan, Poland, Austria and Germany. The relevant criminal procedural rules are analyzed, which regulates the procedure for the selection of biological samples from the person, boundaries and peculiarities of the use of coercion during this investigative (searched) action, taking into account the principles of respect for human dignity, non-interference in personal and private life, the inviolability of the person. A comparative analysis of the legislative consolidation of the sampling for examination was conducted, as a result of which it is concluded that in some countries of the post-Soviet space is observed both excellent, and in many respects similar procedure for obtaining samples for examination, but many disadvantages and contradictions are seen. It is stated that the most successful rules of the Criminal Procedural Code of the Republic of Kazakhstan, which are established grounds for obtaining samples and their species; indicates persons authorized to conduct this investigative action, and individuals that are selected samples; regulates the procedural order of sampling investigators, doctor and expert; the limits are determined in which the person is allowed in view of the observance of the rights and legitimate interests of the person, its honor and dignity, intervention in the sphere of its privacy and the inadmissibility of the task of damage to its life and health. It is concluded that the selection of biological samples for examination in the investigation of criminal offenses, in particular, directed against life and health, I am an important and sometimes necessary investigative (searched) action. It appears that in the current Criminal Procedure Code of Ukraine, its conduct is regulated inadequately in view of the nature of Article 245 of the CCP to the norms that are regulated by the conduct of mission and temporary access to things and documents. No reconignment, nor access to objects is not fledged with an intervention in a person's personal sphere, as a selection of biological samples, especially with the use of coercion. No reconignment, nor access to objects is not fledged with an intervention in a person's personal sphere, as a selection of biological samples, especially with the use of coercion.

Key words: biological samples, examination, inviolability, reconciling, survey.

Під час розслідування злочинів у слідчій практиці нерідко виникає необхідність отримання різного роду зразків для проведення експертизи. Отримані зразки слугують об'єктами, що використовуються для порівняльного дослідження з іншими об'єктами, – речовими доказами, документами, живими людьми і трупами – з метою їх ідентифікації або встановлення групової належності [1, с. 457]. Значну їх частку утворюють біологічні зразки – об'єкти крові, тканини та виділення, що відбираються в особи.

Поняття біологічних зразків, які можуть бути відібрані для експертного дослідження, а також їх видів у ст. 245 КПК України, якою регламентується їх відбирання, не дається, що, на перший погляд, не видається важливим, однак у багатьох випадках може створювати плутанину не лише щодо правильного розуміння їх природи, а й щодо процесуального порядку отримання таких зразків.

Очевидно, що під біологічними зразками слід розуміти зразки, які походять від людини як біологічної сутності, як це вказується в літературі практично всіма вченими-криміналістами та процесуалістами, які розуміють під ними кров, слину, сперму, волосся, екскременти, частки епідермісу, потожирову речовину та інші біологічні матеріали, що походять від людини.

Слід враховувати, що саме під час провадження цієї слідчої (розшукової) дії слід бути обачним із застосуванням примусу, оскільки саме її виконання вже може бути пов'язане із спричиненням моральної шкоди, в основі якої є широко розповсюджені уявлення про приниження гідності самим фактом отримання зразків і пов'язаними із цим медичними маніпуляціями. Як зауважує І.О. Антонов, ця дія сприймається громадянами як дещо образливе і принизливе, з чим не можна не рахуватись [2, с. 158].

Питання про можливість застосування примусу і його допустимі межі під час відібрання зразків для експертизи певним чином перетинається із положенням ст. 63 Конституції України щодо свободи від самовикриття і права не свідчити проти себе.

Певні кримінально-процесуальні і тактичні особливості отримання зразків біологічного походження у кримінальному провадженні досліджували вітчизняні та зарубіжні вчені Т.В. Авер'янова, В.О. Гавриков, Н.А. Джангельдін, Н.І. Долженко, В.А. Жбанков, Г.Б. Карнович, О.В. Козак, Ю.А. Кудрявцева, Л.І. Мандрик, І.Л. Петрухін, Р.Д. Рахунов, З.М. Соколовський та інші.

Ці автори зробили значний внесок у теорію кримінального процесу, криміналістики і практику розкриття та розслідування кримінальних правопорушень. Водночас, зважаючи на значний доробок цих учених, слід зазначити, що малодослідженими залишаються організаційні і тактичні аспекти відібрання таких зразків, способи їх фіксації. Недостатньо врахований у дослідженнях також зарубіжний досвід відібрання біологічних зразків.

Насамперед слід нагадати, що згідно з ч. 1 ст. 245 КПК України у разі необхідності отримання зразків для проведення експертизи вони відбираються стороною кримінального провадження, яка звернулася за проведенням експертизи, або за клопотанням якої експертиза призначена слідчим суддею. У разі, якщо проведення експертизи доручено судом, відібрання зразків для її проведення здійснюється судом або за його дорученням залученим спеціалістом [3].

Нормативне закріплення процесуального порядку слідчої (розшукової) дії, яка стосується отримання зразків для експертизи, зокрема біологічних, у чинному КПК України не є достатнім, оскільки законодавець під час правової регламентації її проведення вдається до аналогії з положеннями щодо інших процесуальних дій – тимчасового доступу до речей і документів (статті 160–166 КПК України) й освідчування (ст. 241 КПК України), що, на нашу думку, не є правильним. Так, отримання біологічних зразків і освідчування мають різну мету, різний ступінь втручання у сферу особистої (тілесної) недоторканності, різні підстави для їх проведення, тому процесуальний порядок отримання зразків як окрема слідча (розшукова) дія потребує детальної законодавчої регламентації в окремій статті або навіть декількох статтях КПК, як це має місце у низці зарубіжних країн, де прерогатива надається насамперед забезпеченню прав людини.

З цього погляду, скажімо, огляд тіла людини (навіть примусово) буде меншим втручанням у її гідність та безпеку, аніж проведення з нею медичних процедур, якими по суті і є відбирання біологічних зразків, хоч і за її згодою. Особливо актуальним цей аспект втручання в нормальну життєдіяльність людського організму видається сьогодні, в період пандемії коронавірусу, коли як людям, так і лікарям треба бути максимально обережними.

З огляду на наведене цікавим та потрібним є зарубіжний досвід відібрання біологічних зразків для експертизи.

Згідно зі ст. 234 КПК Республіки Білорусь отримання зразків для порівняльного дослідження може бути здійснене у підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого на підставі постанови слідчого або особи, яка проводить дізнання. Зразки можуть бути також відібрані у свідка, але виключно з його згоди у разі виникнення необхідності перевірити, чи не залишені ним сліди на місці вчинення злочину чи на речових доказах [4].

З аналізу статті 154 КПК Молдови вбачається, що зразки для порівняльного дослідження можуть бути отримані у підозрюваного, обвинуваченого, якщо їх дослідження має значення для кримінального провадження, а у свідка і потерпілого – виключно у разі необхідності перевірити, чи залишили ці особи сліди на місці вчинення злочину чи на речових доказах, рішення ухвалює орган, що здійснює кримінальне переслідування у формі поста-

нови [5]. Примусовий порядок отримання порівняльних зразків у КПК цієї країни не передбачений.

Кримінальний процесуальний кодекс Республіки Узбекистан встановлює можливість примусового отримання зразків у підозрюваних, обвинувачених, підсудних, потерпілих, які ухиляються від явки. У статті 192 КПК Узбекистану передбачено, що в такому разі зразки в них можуть бути отримані примусово, якщо методи, які застосовуються, є безболісними і не є небезпечними для життя і здоров'я людини. Таким чином, підставою застосування примусу за законодавством цієї країни є виключно той факт, що зазначені учасники не з'являються за викликом. На нашу думку, сам по собі факт неявки за викликом не може бути підставою для застосування примусу під час отримання зразків для експертизи. Ця ж стаття передбачає можливість застосування примусу під час отримання зразків і в інших осіб за наявності достатніх даних про те, що сліди на місці вчинення злочину або на речових доказах були залишені цими особами, а також для діагностики венеричних та інших інфекційних захворювань [6]. Таким чином, примус під час відібрання зразків для експертизи у цій країні може бути застосований до невизначеного кола суб'єктів.

Більш детальна регламентація слідчої дії у вигляді отримання зразків для експертизи міститься у КПК Республіки Казахстан [7]. Глава 34 встановлює джерела отримання зразків, види зразків, перелік осіб, які можуть отримувати зразки і в яких дозволяється їх отримувати, підстави і порядок застосування примусу під час їх відібрання тощо. Слід відзначити положення статті 264 КПК Республіки Казахстан, яка визначає коло учасників кримінального провадження, в яких дозволяється отримувати зразки, а саме підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, а також особи, щодо якої ведеться провадження про застосування примусових заходів медичного характеру, ч. 2 цієї ж статті унеможливує обмеження законних прав і свобод осіб, які не мають процесуального статусу положенням про те, що за наявності достатніх даних, що сліди на місці події чи на речових доказах могли бути залишені іншою особою, ніж ті, що зазначені у ч. 1 зазначеної статті, зразки можуть бути отримані в таких осіб, однак не інакше, як після допиту цих осіб як свідка (потерпілого) про обставини, за яких ці сліди могли утворитися [7]. Окрім цього, згідно ч. 3 ст. 268 зразки можуть бути відібрані також і в заявника.

У кримінальному процесуальному законодавстві Республіки Казахстан чітко визначені підстави й умови застосування примусу під час відібрання зразків (ст. 268 КПК). Так, у підозрюваного, обвинуваченого зразки можуть бути отримані примусово за наявності на це підстав, зазначених у ч. 1 ст. 263 КПК, а саме якщо їх експертне дослідження необхідно для вирішення питань, що ставляться перед експертом, за постановою слідчого або за рішенням суду у судових стадіях [8].

Однак прокурорський нагляд чи судовий контроль за законністю підстав отримання зразків у підозрюваних, обвинувачених у цій країні у стадії досудового розслідування не передбачений, що, на нашу думку, не є виправданим. З цього приводу ми підтримуємо думку Є.Г. Васильєвої, яка вважає, що обвинувачений – це особа, яка до рішення суду вважається невинуватою, і з цієї причини не можна вважати інтереси свідка чи потерпілого більш вагомими, ніж інтереси обвинуваченого (підозрюваного), а саме виявляти турботу про їх почуття, тим самим позбавляючи обвинуваченого можливості бути виправданим [9, с. 111]. Автор безспідставно зауважує, що, оскільки права і свободи людини і громадянина можуть бути обмежені з метою захисту прав і законних інтересів інших осіб, права обвинуваченого мають прерогативу, оскільки обсяг прав, які обмежуються в силу його незаконного засудження, є ширшим за обсяг прав потерпілого чи свідка, які обмежуються під час здійснення примусо-

вого освідчування чи отримання зразків для порівняльного дослідження [9, с. 110].

Деякі суперечності, як вбачається, існують під час відібрання зразків для експертизи у КПК Туркменістану. Відповідно до ч. 1 ст. 303 КПК цієї країни, «слідчий вправі отримати зразки, які відображають властивості живої людини, трупа, тварини, предметів і речовин, для порівняльного дослідження, якщо їх дослідження має значення у справі» [10, с. 409]. У ст. 304 КПК дається перелік зразків, до якого входять і такі, що можуть бути відібрані від людини, – кров, сперма, волосся, обрізки нігтів, слина, піт та інші виділення, відбитки шкірного пориву, зліпки зубів, фонограми голосу та ін. [10, с. 410–411].

Окремо наголошується на тому, що «забороняється отримувати зразки способом, який загрожує здоров'ю і життю людини». Коментуючи цю вимогу, О.В. Смирнов та К.Б. Калиновський пояснили, що ця вимога реалізує приписи Конституції Туркменістану про те, що держава захищає життя, честь, гідність і свободу, особисту недоторканність громадян (ст. 3), ніхто не може бути підданий катуванням, жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню і покаранню, а також без його згоди піддаватися медичним чи іншим дослідженням (ст. 23). Таким чином, якщо спосіб примусового відібрання зразків так чи інакше применшує позитивні властивості особи, то він неправомірний. Так, наприклад, не можна визнати законним відібрання зразків способом, який об'єктивно ставить особу у становище, яке породжує в нього почуття сорому, оскільки сором'язливість є позитивною етичною властивістю особи. З іншого боку, застосування сили у випадку неправомірного опору з боку особи отриманню зразків, не посягає на його соціально-визнані якості, а тому може бути законним [10, с. 412].

У проаналізованих нами окремих країнах пострадянського простору спостерігається як відмінний, так і багато в чому схожий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, однак при цьому вбачаються чимало недоліків та суперечностей. Найбільш вдалим, як видається, є відповідні норми КПК Республіки Казахстан, якими встановлені підстави отримання зразків та їх види; вказуються особи, які уповноважені на проведення цієї слідчої дії, та особи, у яких допускається відібрання зразків; регламентується процесуальний порядок відібрання зразків слідчим, лікарем та експертом; визначаються межі, в яких допустиме відібрання з огляду на дотримання прав та законних інтересів особи, її честі та гідності, втручання у сферу її приватності та недопустимість завдання шкоди її життю та здоров'ю.

Цікаво звернутися до досвіду отримання зразків для експертизи в країнах європейського простору з більш усталеними європейськими традиціями.

Кримінальний процесуальний кодекс Польщі передбачає можливість отримання зразків біологічного походження у підозрюваного, обвинуваченого і свідка. За законодавством Польщі свідок за його згодою може бути підданий тілесному огляду, а також медичним чи психологічним дослідженням в разі, якщо існує необхідність отримання доказової інформації (ч. 4 ст. 192 КПК Польщі) [11]. Отже, у свідка отримати зразки на підставі цієї статті можливо тільки добровільно, застосування примусу у ній не передбачено.

Водночас ст. 192а КПК Польщі з метою звуження кола підозрюваних чи встановлення доказової цінності отриманих слідів дозволяє відібрати відбитки пальців, мазки слизової оболонки шік, зразки волосся, слини, почерку, запаху, зробити фотознімок особи або фіксацію голосу особи.

Поняття «особа» в цій статті не визначено, однак оскільки з формулювання «звуження кола підозрюваних» випливає необхідність виключення з цього кола як інших підозрюваних, так і інших осіб, які не є підозрюваними,

припускаємо, що законодавець у цьому разі має на увазі як підозрюваного, так і інших осіб. Отже, зразки можуть відбиратися у досить широкого кола осіб, у тому числі і тих, які не мають процесуального статусу.

Закон вимагає, що після використання у справі такий матеріал повинен бути виключений із справи і знищений. Видається, що у такий спосіб законодавець Польщі захищає право осіб, в яких відбирають зразки для експертизи, на таємницю приватного життя. Подібного положення у кримінальному процесуальному законодавстві жодної попередньо досліджуваної нами країни немає, так само як і в українському.

На нашу думку, закріплення у кримінальному процесуальному законодавстві положення про те, що біологічні зразки як носії біологічної інформації про особу, як і будь-яка інша інформація, що стосується таємниці приватного життя, не може бути використана поза рамками кримінального провадження і по закінченню такого використання повинна бути знищена, сприяє захисту сфери приватності у кримінальному провадженні. Вважаємо за необхідне закріпити це положення в українському законодавстві.

Стаття 247 КПК Польщі передбачає затримання і примусовий привід підозрюваного за рішенням прокурора, яке може бути здійснене в разі існування обґрунтованої підозри, що особа не з'явиться за викликом для пред'явлення їй обвинувачення в порядку статей 313 і 314, а також для проведення дій, передбачених § 2 або 3 ст. 74 (проведення психологічної або психіатричної експертизи, а також окремих досліджень, відібрання біологічних зразків), або якщо особа перешкоджатиме здійсненню кримінального провадження іншим чином, а також для участі у обранні щодо нього запобіжного заходу.

Закон дозволяє застосування примусу, адже у статтях 74, 75 КПК Польщі для підозрюваного, обвинуваченого, зазначені обов'язки:

1) пройти зовнішній огляд свого тіла без внутрішнього втручання, зокрема, підозрюваний може бути дактилоскопійований, сфотографований, пред'явлений іншим особам для впізнання;

2) пройти психологічний і психіатричний огляд, включаючи проведення необхідних тестів над його тілом, за винятком хірургічного втручання, які можуть бути проведені виключно медичним працівником згідно із медичними приписами і не можуть завдати шкоди здоров'ю обвинуваченого. Обвинувачений також може бути зобов'язаний здати зразки крові та інших виділень тіла.

Детальний виклад умов і методів, що використовуються під час медичного дослідження підозрюваного, обвинуваченого, а також свідка, встановлюються наказом Міністра юстиції і Міністра охорони здоров'я (§ 4 ст. 74) [11].

Таким чином, у кримінальному процесуальному законодавстві Польщі примус під час отримання зразків для експертизи може бути застосований як до підозрюваного, обвинуваченого, так і до інших осіб. Окремою нормою вимагається знищення отриманих зразків для експертизи, якщо в них відпала необхідність у подальшому використанні.

У КПК Федеративної Республіки Німеччини відібрання зразків для експертизи передбачено у параграфах 81а–81с в межах проведення освідчування (обстеження) тіла обвинуваченого або інших осіб. При цьому слід зауважити, що обвинуваченим (підозрюваним) у кримінальному процесуальному законодавстві ФРН особа вважається номінально, яка розглядається в якості такої органами кримінального переслідування. Винесення спеціального процесуального акта для цього не вимагається, однак відповідній особі про це повідомляється, у якості обвинуваченого вона допитується і набуває у зв'язку з цим такого процесуального статусу [12, с. 116–117].

Під «іншими особами» законодавець ФРН розуміє будь-яких осіб, які можуть бути допитані як свідки. У свою чергу свідками у кримінальному процесі ФРН може бути

будь-яка особа, яка під час попереднього розслідування або судового розгляду залучена органом кримінального переслідування чи суддею для давання показань з приводу сприйнятих нею подій [12, с. 101–102]. Не розглядається як свідок лише обвинувачений, оскільки, як роз'яснив Верховний Суд ФРН, він не може бути свідком у кримінальному провадженні, яке ведеться проти нього [13].

Згідно з частинами 1 та 2 параграфу 81а КПК ФРН тілесне освідчування обвинуваченого може бути проведено для встановлення фактів, що мають значення у справі. З цією метою проводяться відбір проб крові та інші процедури, які здійснюються лікарем згідно з медичними правилами для наступних досліджень і допускаються без згоди обвинуваченого, якщо це не може завдати шкоди його здоров'ю. Розпорядження про проведення вказаних дій вправі винести суддя, а при загрозі успіху розслідування і прокуратура та її допоміжні службовці (деякі співробітники правоохоронних органів, насамперед поліції, митної служби та ін., які наділені певними повноваженнями прокурора) [12, с. 66].

У разі необхідності в цілях кримінального провадження або з метою впізнання можуть проводитися фотографування обвинуваченого, зняття відбитків пальців рук незалежно від його бажання, а також вимірювання та інші подібні дії.

Згідно з ч. 1 параграфу 81с КПК ФРН освідчування інших осіб із метою подальших досліджень і відбір проб крові для аналізу, як і обвинувачених, без їх згоди допускається, якщо це не становить загрози для їх здоров'я і вказані процедури необхідні для встановлення істини у справі. Освідчування і відбір проб крові може проводитися лише лікарем. Однак у ч. 3 цього параграфу зазначається, що освідчування або відбір проб крові можуть бути відхилені з тих же підстав, що і при реалізації права на відмову від давання показань у якості свідка [14, с. 105], якщо особа таким правом володіє. Якщо ж особа таким правом не володіє, до неї можуть бути застосовані передбачені параграфом 70 КПК ФРН санкції (грошовий штраф в адміністративному порядку, а якщо його неможливо стягнути, то адміністративний арешт). Безпосередній примус може застосовуватися лише на підставі особливого рішення судді і лише за умови, що відповідна особа, незважаючи на накладення штрафу, продовжує наполягати на відмові від освідчування або існує невідкладність проведення цієї дії [14, с. 101].

Як і у кримінальному процесуальному законодавстві Польщі, згідно з ч. 3 параграфу 81а КПК ФРН відібрані в обвинуваченого проби крові або зразки інших клітин організму можуть бути використані лише у кримінальному провадженні у розслідуванні або іншій пов'язаній з нею справі; їх слід негайно знищити, як тільки не буде необхідності їх використання [14, с. 105].

Таким чином, можна побачити, що німецький законодавець у досить лаконічній формі закріпив досить чіткий процесуальний порядок отримання зразків для експертизи, який цілком узгоджується з міжнародними стандартами прав людини: дозволяється відбирати будь-які біологічні зразки від людини, якщо це не зашкодить її здоров'ю; встановлена можливість відібрання зразків від обвинуваченого (підозрюваного) чи інших осіб; примус допустимий; якщо особа погоджується на освідчування (відібрання зразків) добровільно і це не є небезпечним для її здоров'я, розпорядження слідчого судді чи прокурора не потрібно – передбачена спрощена процедура; свідки (інші особи) вправі використати право на відмову від давання показань і при відібранні зразків; для примусового обстеження свідків (інших осіб), які безпідставно відмовляються від освідчування, вимагається «особливе» рішення судді; відібрані зразки повинні бути негайно знищені, як тільки у них відпаде необхідність (що забезпечує належну конфіденційність).

Дещо інше процесуальне закріплення отримання зразків для експертизи знайшло у КПК Австрії. У параграфі 117 КПК подається дефініція тілесного освідчування, яке розуміється як «обстеження отворів тіла, відібрання зразків крові, а також інше втручання у тілесну цілісність особи» [15].

Відповідно до ч. 1 параграфу 123 КПК цієї країни тілесне освідчування (обстеження) допускається, якщо: на підставі певних фактів можна припустити, що певною особою залишено сліди, виявлення та дослідження яких має значення для з'ясування обставин кримінально караного діяння; імовірно, певна особа заховала у своєму тілі об'єкти, які підлягають вилученню; іншим способом неможливо встановити факти, які мають суттєве значення для з'ясування обставин кримінально караного діяння або встановлення осудності особи.

Окрім того, відповідно до ч. 2 параграфу 123 КПК Австрії, допускається також тілесне освідчування тих осіб, які належать до кола спілкування підозрюваного (обвинуваченого) у вчиненні діяння, за яке передбачене покарання у вигляді позбавлення волі більше, як на п'ять років, або злочину, вказаного у розділі 10 КК, і іншим чином з'ясування обставин справи було би суттєво ускладнено [15, с. 154–155].

Для безпосереднього відібрання зразків австрійський законодавець встановив такі правила:

- оперативне втручання у тіло людини та інші втручання, які можуть спричинити розлад здоров'я більш, як на три доби, не допускаються;
- інші втручання допускаються за згодою особи після роз'яснення їй можливості настання відповідних наслідків;
- без згоди зацікавленої особи допускається відібрання зразків крові або інші втручання, що не може потягнути за собою істотні наслідки, коли вона підозрюється у вчиненні небезпечного діяння проти життя чи здоров'я особи в стані алкогольного або наркотичного сп'яніння, обвинувачується у вчиненні кримінально караного діяння, за яке передбачене покарання у вигляді позбавлення волі більш як на п'ять років, або злочину, вказаного у розділі 10 КК;
- кожне тілесне освідчування проводиться лікарем, за винятком відібрання мазків із ротової порожнини, яке можуть здійснити й інші обізнані особи;
- результати тілесних обстежень, які отримані непроцесуальним шляхом, можуть бути використані як доказ в тому разі, коли при розслідуванні кримінально караного діяння зразки були б отримані шляхом проведення освідчування;
- для встановлення походження слідів біологічного походження або ідентифікації особи може бути проведено відібрання зразків для молекулярно-генетичного дослідження [15].

Висновки. Відібрання біологічних зразків для проведення експертизи під час розслідування кримінальних правопорушень, зокрема спрямованих проти життя та здоров'я особи, є важливою та часом необхідною слідчою (розшуковою) дією. Видається, що у чинному КПК України її проведення регламентовано недостатньо з огляду на відсилюючий характер статті 245 КПК до норм, якими регулюється проведення освідчування та тимчасового доступу до речей і документів. Ні освідчування, ні доступ до предметів не пов'язані такою мірою із втручанням в особисту сферу людини, як відібрання біологічних зразків, особливо із застосуванням примусу.

Заслугове найбільшої уваги законодавство ФРН, Польщі, Австрії та Республіки Казахстан, у якому містяться чіткі заборони невиправданого втручання у життєдіяльність людського організму під час відібрання біологічних зразків; визначаються межі, в яких допустиме відібрання з огляду на дотримання прав та законних інтересів особи, її честі та гідності, втручання у сферу її приватності та недопустимість завдання шкоди її життю та здоров'ю.

ЛІТЕРАТУРА

1. Науково-практичний коментар Кримінального процесуального кодексу України ; за ред. С. В. Ківалова та С.І. Кравченко. Одеса : Фенікс, 2020. 924 с.
2. Антонов И.А. Нравственно-правовые критерии уголовно-процессуальной деятельности следователей. СПб. : Изд-во «Юридический центр Пресс», 2003. 236 с.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України № 4651-VI від 13 квітня 2012 року. *Верховна Рада України*. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/4651-17> (дата звернення 22.04.2021).
4. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Беларусь 16 июля 1999 г. № 295-3. URL : http://www.pravo.by/world_of_law/text.asp?RN=hk9900295#&Article=234 (дата звернення 20.04.2021).
5. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Молдова № 122 от 14.03.2003. URL : <http://lex.justice.md/viewdoc.php?action=view&view=doc&id=326970&lang=2> (дата звернення 19.04.2021).
6. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Узбекистан. URL : http://lex.uz/pages/getpage.aspx?lact_id=111463 (дата звернення 20.04.2021).
7. Уголовно-процессуальный кодекс Республики Казахстан от 4 июля 2014 года № 231-V. URL : http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31575852&doc_id2=31575852#sub_id=1004101269&sub_id2=2620000&sel_link=1004101269 (дата звернення 20.04.2021).
8. Когамов М.Ч. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Республики Казахстан. Общая и особенная части. Алматы, Жеті жарғы, 2008. 888 с. URL : <http://www.kosstu.kz/static/uploads/library/urist/kodeks/u-k-13.htm> (дата звернення 15.04.2021).
9. Васильева Е.Г. Проблемы ограничения неприкосновенности личности в Российском уголовном процессе: дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Москва : РГБ, 2003. 196 с.
10. Смирнов А.В. Комментарий к Уголовно-процессуальному кодексу Туркменистана. Постатейный ; под общ. ред. проф. А. В. Смирнова / А.В. Смирнов, К.Б. Калиновский. Ашхабад, 2011. 656 с.
11. Kodeks postępowania karnego // Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 1247) URL : <http://isap.sejm.gov.pl/DetailsServlet?id=WDU19970890555> (дата звернення 15.04.2021).
12. Галаган О.І., Савченко В.А. Захист прав і свобод суб'єктів кримінального судочинства в Україні та ФРН : навч. посібник для студ. ВНЗ. Івано-Франківськ : Місто НВ, 2011. 200 с.
13. BGHSt. Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen. 10, 8.
14. Савченко В. А., Соловій Я. І., Фелик В. І., Юрчишин В. Д. Основи кримінального процесу Федеративної Республіки Німеччина : навч. посіб. Харків : Право, 2017. 372 с.
15. Strafprozessordnung. StPO 1975. Herausgegeben von Dr. H. Bachner-Foregger. Wien : Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 2008. 501 s.

УХВАЛА СЛІДЧОГО СУДДІ ПРО ДОЗВІЛ НА ОБШУК ЖИТЛА ЧИ ІНШОГО ВОЛОДІННЯ ОСОБИ: ДЕЯКІ ТЕОРЕТИКО-ПРАКТИЧНІ ПИТАННЯ

DECISION OF THE INVESTIGATING JUDGE ON PERMISSION TO SEARCH A HOME OR OTHER POSSESSION OF A PERSON: SOME THEORETICAL AND PRACTICAL ISSUES

Могіла В.С., аспірант кафедри кримінального процесу
Одеський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню теоретико-практичних питань особливостей мотивування ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи й доручення її виконання. Указано, що чітких вимог до мотивування ухвали, на відміну від вимог до мотивування клопотання, немає, бо положення ч. 2 ст. 235 Кримінально-процесуального кодексу України скоріше індивідуалізують місце обшуку, його приналежність, предмет пошуку, а не формалізують вимоги до мотивування цього рішення.

На основі аналізу рішень Європейського суду з прав людини проілюстровано проблему дозволів на вилучення речей / документів.

Розглянуто практику Касаційного кримінального суду Верховного Суду стосовно ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи й доручення її виконання. Доведено потребу розв'язати питання стосовно доручення виконання ухвали на рівні доповнень і змін до Кримінально-процесуального кодексу України.

Зроблено висновки, що для вдосконалення нормативної регламентації підстав і процедури обшуку необхідно: покращити вимоги до змісту ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи шляхом уточнення умов до її мотивування в аспекті наявних обставин до клопотання слідчого й обставин локального предмета доказування; передбачити, що слідчий суддя має вказувати в ухвалі про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи конкретного слідчого / дізнавача / прокурора або групи слідчих / дізнавачів / прокурорів (навіть без прізвищ). В аспекті правозастосування: для дотримання правових позицій, вироблених практикою Європейського суду з прав людини, слідчим суддям треба обмежувати дозволи на виявлення (відшукування) речей, документів та осіб, для виявлення (відшукування) яких проводиться обшук; прокурорам треба використовувати письмову форму доручення слідчим виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи.

Ключові слова: слідчий суддя, ухвала, обшук, мотивування, слідчий, прокурор.

The article is devoted to the research of theoretical and practical issues of the reasoning features of the investigating judge's decision on the permission to the search of home or any other possession of a person and the order of its execution. It is stated that there are no clear requirements for the reasoning of the decision, in contrast to the requirements for reasoning of the motion. The matter is that the provisions of Part 2 of Art. 235 of the CPC of Ukraine individualize the place of search, its affiliation, the subject of search, rather than formalize the requirements for reasoning of this decision.

Based on the analysis of ECtHR decisions, the problem of permits for seizure of objects / documents is illustrated.

The practice of the Criminal Cassation Court in relation to the decision of the investigating judge on permission to search of home or any other possession of a person and order on its execution is analyzed. The need to resolve the issue of ordering the implementation of the decision at the level of additions and amendments to the CPC of Ukraine has been proved.

It is concluded that in order to improve the regulations of the grounds and search procedure, it is necessary to: improve the requirements for the content of the decision of the investigating judge on permission to search of home or any other possession of a person by clarifying the requirements for its reasoning in terms of existing requirements for the investigator's motion and circumstances of the local subject of proof; provide that the investigating judge must indicate in the decision on permission to search of home or any other possession of a person a particular investigator / prosecutor or a group of investigators / prosecutors (even without last names).

In terms of law enforcement: in order to comply with the legal positions developed by the case law of the European Court of Human Rights, investigating judges should restrict permits to detect (find) objects, documents and persons for detecting (finding) of which the search is conducted; prosecutors should use a written order to instruct investigators to enforce an investigating judge's decision on permission a search of home or any other possession of a person.

Key words: investigating judge, decision, search, reasoning, investigator, prosecutor.

Постановка проблеми. Кримінальний процесуальний кодекс (далі – КПК) України велику увагу приділяє регламентації слідчих (розшукових) дій, у тому числі обшуку. Разом із тим відповідні норми КПК України не є сталими: у 2017 році до КПК України були внесені істотні зміни стосовно обшуку, які й нагепер викликають критику серед практичних працівників. Для дотримання належної правової процедури обшуку насамперед потрібно, щоб ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи відповідала вимогам до судових рішень, тобто була законною, обґрунтованою та мотивованою з урахуванням тих спеціальних вимог, які до неї додатково пред'являє ст. 235 КПК України. За такої умови практика правозастосування показує, що є складнощі у формулюванні ухвал, особливо з урахуванням того, що слідчий, прокурор має довести, що за встановлених обставин обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, встановлення місцеперебування розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанням в особисте й сімейне життя особи, й у частині доручення їх виконання (ч. 3 ст. 234 КПК України).

Аналіз останніх наукових публікацій. Проблемні питання ухвал слідчих суддів про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи досліджувалися О.В. Білоусом, І.В. Гловюк, І.В. Вегерою-Іжевською, Т.Г. Ільвою, М.В. Комаровою, М.А. Макаровим, В.В. Рогальською, І.С. Шаповаловою, С.В. Шапутько, С.Л. Шаренко, О.Г. Шило, Л.Д. Удаловою та іншими, проте не розв'язаним залишився ряд проблемних питань стосовно особливостей мотивування такої ухвали слідчого судді й доручення її виконання.

Отже, **метою статті** є виокремлення проблемних теоретико-практичних питань мотивування ухвал слідчих суддів про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи й питань формулювання цих ухвал у частині доручення їх виконання.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ч. 2 ст. 235 КПК України ухвала слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи повинна відповідати загальним вимогам до судових рішень, передбачених цим Кодексом, а також містити відомості про: 1) строк дії ухвали, який не може перевищувати одного місяця з дня постановлення ухвали; 2) прокурора, слід-

чого, який подав клопотання про обшук; 3) положення закону, на підставі якого постановляється ухвала; 4) житло чи інше володіння особи або частину житла чи іншого володіння особи, які мають бути піддані обшуку; 5) особу, якій належить житло чи інше володіння, та особу, у фактичному володінні якої воно знаходиться; 6) речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук. Загальні вимоги до судових рішень полягають у тому, що судові рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим (ч. 1 ст. 370 КПК України). Разом із тим, як видно, чітких вимог до мотивування ухвали, на відміну від вимог до мотивування клопотання, немає, бо положення ч. 2 ст. 235 КПК України скоріше індивідуалізують місце обшуку, його приналежність, предмет пошуку, а не формалізують вимоги до мотивування цього рішення.

Як слушно вказується в доктрині, з аналізу ст. 235 КПК випливає, що закон не вимагає зазначати в ухвалі слідчого судді про дозвіл на обшук обґрунтування неможливості отримати слідчим (прокурором) у добровільному порядку речей, документів шляхом витребування або за допомогою інших слідчих дій. Так само закон не вимагає, на жаль, обґрунтування в ухвалі слідчого судді досить прогресивної вимоги КПК про те, що за встановлених слідчим суддею обставин «обшук є найбільш доцільним та ефективним способом відшукування та вилучення речей і документів, які мають значення для досудового розслідування, установлення місцеперебування розшукуваних осіб, а також заходом, пропорційним втручанням в особисте й сімейне життя особи» (п. 5 ч. 5 ст. 234 КПК). Як убачається, останнє положення є більш вдало сформульованим і більш прийнятним для обґрунтування в клопотанні слідчого (прокурора), аніж те, що зазначене в п. 8 ч. 3 ст. 234 КПК. Однак жодне з них не вказується в ухвалі слідчого судді [1, с. 199–200].

Проте аналіз ухвал слідчих суддів показує, що викладається доведеність обґрунтованої підозри, дані про знаходження речей, документів, осіб, задля виявлення яких проводиться обшук, їхній зв'язок із вчиненим кримінальним правопорушенням. Не завжди зазначаються детальні відомості, з яких слідчий суддя зробив висновок про доведеність обґрунтованої підозри, можливе місцеперебування речей, документів, осіб, проте відповідні дані, як правило, зазначаються. Наприклад, в ухвалі зазначено: «Слідчий довів наявність достатніх, передбачених ч. 5 ст. 234 КПК України підстав для проведення обшуку. Існує обґрунтована підозра щодо вчинення кримінального правопорушення такого ступеня тяжкості, що може бути підставою для застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Потреби досудового розслідування виправдовують такий ступінь втручання в права й свободи особи, про який йдеться в клопотанні слідчого. Завдання, для виконання якого слідчий звертається з клопотанням, може бути виконане. Згідно з повідомленням спецвідділу <...> від 26 листопада 2015 року ОСОБА_4 переховується за місцем проживання ОСОБА_9 у квартирах №№ АДРЕСА_1. Згідно з довідкою Обласного комунального підприємства «Бюро технічної інвентаризації та експертної оцінки» № 4547 від 26 листопада 2015 року АДРЕСА_1 зареєстрована на праві приватної власності за ОСОБА_10» [2].

Отже, з урахуванням локального предмета доказування та оновлених вимог до клопотання слідчого, прокурора, положень ч. 5 ст. 234 КПК України очевидно, що потребують удосконалення вимоги до змісту ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи. Зокрема, вони мають враховувати вимоги, передбачені натепер ч. 5 ст. 234 КПК України, оскільки нині відбувається дисбаланс, бо формально лише слідчий, прокурор мають враховувати пропорційність втручання в особисте й сімейне життя особи, а слідчий суддя – ні, хоча це не корелюється з метою діяльності слідчого судді.

Крім того, є проблеми й у формулюванні резолютивних частин ухвал. Адже п. 6 ч. 2 ст. 236 КПК України вказує на «речі, документи або осіб, для виявлення яких проводиться обшук». Про вилучення не йдеться, проте в клопотаннях таке прохання нерідко формулюється, є й приклади ухвал, де слідчі судді надавали дозволи на вилучення [3–9]; є дозволи на проведення обшуку без формулювань щодо виявлення та вилучення [10]. Але є випадки й відмов у вилученні речей і документів. Суддя Вищого антикорупційного суду (далі – ВАКС) В.В. Михайленко звернула увагу на те, що «під час розв'язання питання про дозвіл на обшук слідчий суддя надає дозвіл лише на виявлення (відшукування) речей і документів, що можуть мати значення для кримінального провадження. Безпосереднє рішення про їх вилучення приймається слідчим або прокурором, що проводить відповідну слідчу дію» [11]. Наприклад, в ухвалі слідчого судді зазначено: «Клопотання про надання дозволу на вилучення відшуканих речей і документів не підлягає задоволенню, оскільки з огляду на викладене в ч. 1 ст. 234 КПК України виходить за межі компетенції слідчого судді під час розв'язання питання про надання дозволу на обшук. <...> Отже, про необхідність вилучення відшуканих речей під час обшуку рішення приймається безпосередньо особою, яка його проводить, а не слідчим суддею під час розв'язання питання про надання дозволу на обшук» [12].

Таке тлумачення релевантне змісту п. 6 ч. 2 ст. 236 КПК України, проте, виникає питання стосовно відповідності практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) щодо обшуків. У рішенні ЄСПЛ «Багієва проти України» (Заява № 41085/05) зазначено, що під час встановлення обсягу запропонованого обшуку національний суд посилався на таке формулювання, як «підроблені документи», а також «засоби й знаряддя для підроблення документів». Суд не вказав жодних деталей, навіть незважаючи на те, що міг це зробити з огляду на предмет доказування кримінального провадження, що стосувався документів, які належали колишньому чоловіку заявниці або були пов'язані з ним, а також стверджуваного підроблення документів. Слід також зауважити, що Суд раніше вже піддавав критиці розпливчастість і надмірну узагальненість формулювань у постановках про дозвіл на обшук, надаючи органу влади, який проводив обшук, нічим не обґрунтовану свободу розсуду під час встановлення необхідного обсягу обшуку. Подібним чином, зважаючи на узагальнені формулювання в постанові про дозвіл на обшук у цій справі, Суд не вважає, що попередній судовий дозвіл на обшук став належною гарантією проти можливого зловживання владою під час його проведення [13].

У рішенні «Войкін та інші проти України» (Заява № 47889/08) ЄСПЛ зазначив, що обшуки помешкань третьої та четвертої заявниць проводилися на підставі постанов Калінінського районного суду, а отже, були предметом судового контролю. Проте сам цей факт не обов'язково становитиме достатню гарантію проти зловживань. Під час встановлення обсягу запропонованого обшуку помешкання третьої та четвертої заявниць національний суд посилався на незазначені «предмети й документи, які можуть мати значення для встановлення істини» в розслідуванні кримінальної справи щодо третьої особи (першого заявника). Слід підкреслити, що обидві відповідні постанови від 11 та 13 вересня 2008 року мали ідентичне обґрунтування. У них зазначалося, що відповідна кримінальна справа була пов'язана з підозрою у вчиненні першим заявником у січні 2008 року (тобто за вісім місяців до того) підробки протоколу щодо епізоду несанкціонованої вуличної торгівлі приватною особою. Суд не навів жодних деталей щодо предметів або документів, які необхідно було шукати, хоча він міг це зробити з огляду на обмежений обсяг кримінальної справи. Суд раніше вже неодноразово піддавав критиці розпливчастість і надмірну

узагальненість формулювань у постановках про дозвіл на проведення обшуку, які надавали органу влади, що його проводив, необґрунтовану свободу розсуду під час встановлення необхідного обсягу обшуку. Аналогічно, з огляду на загальні формулювання двох постанов про дозвіл на проведення обшуків у цій справі Суд не вважає, що попередній судовий дозвіл на обшуки був належною гарантією проти можливих зловживань владою під час їх проведення [14].

Отже, для забезпечення відповідності ухвал слідчих суддів практиці ЄСПЛ, щоб уникнути узагальненості формулювань, слідчим суддям треба обмежувати саме дозволи на виявлення (відшукування) речей, документів та осіб, для виявлення (відшукування) яких проводиться обшук.

Надалі слід звернути увагу на те, що, попри наявність норми, що ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи може бути виконана слідчим чи прокурором, норми про те, що слідчий суддя має вказати, кого він уповноважує виконувати ухвалу, в ст. 235 КПК України немає. Разом із тим є випадки, коли вказується конкретний слідчий [15; 16].

Проблема полягає в тому, що в разі, якщо в ухвалі не вказано слідчого, прокурора, який її виконуватиме, це може породжувати конфліктні ситуації в ході обшуку, потім – скарги на незаконність проведення обшуку через неможливість ідентифікації уповноваженої на його проведення особи, а надалі – клопотання про визнання отриманих у результаті обшуку доказів недопустимими.

Проте Касаційний кримінальний суд Верховного Суду (далі – ККС ВС) вказав, що «приписи ст. 235 КПК не зобов'язують слідчого суддю в ухвалі зазначити прокурора чи слідчого, який буде проводити обшук, натомість ухвала слідчого судді має містити відомості про прокурора, слідчого, який подає клопотання про обшук. Тобто процесуальний закон зобов'язує слідчого суддю встановити, що клопотання надійшло від уповноваженої особи – прокурора, включеного до групи прокурорів, або слідчого, якому доручено здійснювати розслідування, в порядку ст. ст. 37, 39, 216 КПК <...> Водночас зміст норм цього Кодексу не дає підстав для твердження про те, що до повноважень слідчого судді належать, крім здійснення судового контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні, ще й інші (п. 18 ст. 3 КПК), віднесені до повноважень прокурора й слідчого з організації досудового розслідування. <...> визначення в ухвалі слідчого судді конкретного слідчого або прокурора, які мають здійснювати обшук, знаходиться поза межами повноважень слідчого судді з контролю за дотриманням прав, свобод та інтересів осіб у кримінальному провадженні й обмежуються в цій частині перевіркою того, чи є належним суб'єктом учасник кримінального провадження, який звернувся з клопотанням про проведення обшуку. Визначення конкретного прокурора або слідчого (їх групи) для проведення обшуку належить до законних повноважень прокурора (старшого прокурора, групи прокурорів, які здійснюватимуть повноваження прокурорів у конкретному кримінальному про-

вадженні) або старшого слідчої групи (керівника органу досудового розслідування)» [17]. Разом із тим є потреба регламентувати те, що слідчий суддя має вказувати конкретного слідчого / дізнавача / прокурора або групи слідчих / дізнавачів / прокурорів (навіть без прізвищ) на нормативному рівні.

Крім того, актуалізувалася ще одна проблема виконання ухвал слідчих суддів стосовно проведення обшуку, яка буде відбуватися й надалі, особливо якщо слідчі судді не вказуватимуть в ухвалях суб'єкта виконання. Йдеться про можливість прокурора доручити виконання ухвали слідчому й форми реалізації такої можливості. Прокурор згідно з п. 4 ч. 2 ст. 36 КПК України уповноважений доручити слідчому, органу досудового розслідування проведення у встановлений прокурором строк слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій, інших процесуальних дій; форма доручення не вказана. Проте, зважаючи на примусовий характер обшуку й розуміння того, що його результати однозначно мають перспективу бути оскарженими, доречним є саме письмове доручення, в тому числі для того, щоб уникнути відповідних зауважень у протоколі з боку учасників обшуку та їх протидії проведенню обшуку. ККС ВС виходить із того, що «Вимог про реалізацію прокурором, що виконує повноваження прокурора в кримінальному провадженні, своїх обов'язків із забезпечення досудового розслідування виключно шляхом надання слідчому (який входить до складу групи слідчих, призначених із дотриманням вимог закону) письмових доручень на проведення обшуку, про обов'язкову участь прокурора в його проведенні, кримінальний процесуальний закон не містить, зокрема не вимагає виключно письмової форми до організаційного забезпечення проведення обшуку й ст. 41 КПК» [17]. Але, зважаючи на вищевикладене, аби попередити можливу протидію під час проведення обшуку й враховуючи те, що прокурор планує провести обшук, доречною є саме письмова форма доручення, тим більше, що в нього можна внести не одне, а декілька прізвищ слідчих.

Висновки. Отже, для вдосконалення нормативної регламентації підстав і процедури обшуку необхідно: поліпшити вимоги до змісту ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи шляхом уточнення умов до її мотивування в аспекті наявних обставин до клопотання слідчого, прокурора й обставин локального предмета доказування; передбачити, що слідчий суддя має вказувати в ухвалі про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи конкретного слідчого / дізнавача / прокурора або групи слідчих / дізнавачів / прокурорів (навіть без прізвищ).

В аспекті правозастосування доречно: для дотримання правових позицій, вироблених практикою ЄСПЛ, слідчим суддям треба обмежувати дозволи на виявлення (відшукування) речей, документів та осіб, для виявлення (відшукування) яких проводиться обшук; прокурорам треба використовувати письмову форму доручення виконання ухвали слідчого судді про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Панасюк О.А. Оцінка судом першої інстанції доказів, отриманих за результатами проведення обшуку, на предмет їх допустимості: окремі проблемні аспекти теорії та практики. *Jurnalul juridic național: teorie și practică*. 2018. № 5. С. 198–202.
2. Ухвала за справою № 461/11685/15-к від 27 листопада 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/53837406>.
3. Ухвала про проведення обшуку за справою № 592/18/16-к від 04 січня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/54809910>.
4. Ухвала про дозвіл на обшук житла чи іншого володіння особи за справою № 461/5145/16-к від 18 серпня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/59805690>.
5. Ухвала за справою № 461/9745/15-к від 24 лютого 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/56074725>.
6. Ухвала за справою № 569/2/15-к від 01 січня 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/48020954>.
7. Ухвала за справою № 524/1/15-к від 02 січня 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/45136055>.

8. Ухвала за справою № 635/2/15-к від 02 січня 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/47221356>.
9. Ухвала за справою № 524/5/15-к від 03 січня 2015 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/45136116>.
10. Ухвала за справою № 461/12259/15-к від 17 травня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/57881223>.
11. Михайленко В.В., суддя ВАКС. Міф №4: В ухвалі слідчого судді має бути дозвіл на вилучення конкретних речей, інакше їх вилучення неможливе. *Вищий антикорупційний суд*. URL: <https://hcac.court.gov.ua/hcac/pres-centr/news/928232/>.
12. Ухвала за справою № 991/2267/19 від 02 грудня 2019 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86032606>.
13. Справа «Багієва проти України» (Заява № 41085/05) : Рішення ЄСПЛ від 28 квітня 2016 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b65#Text.
14. «Войкін та інші проти України» (Заява № 47889/08) : Рішення ЄСПЛ від 27 березня 2018 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d20#Text.
15. Ухвала про дозвіл на обшук за справою № 265/1518/13-к від 05 березня 2013 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/50766668>.
16. Ухвала за справою № 428/13533/15-к від 04 січня 2016 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/55825575>.
17. Постанова ККС ВС у справі № 725/1199/19 від 07 жовтня 2020 року. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92173671>.

РЕЧОВІ ДОКАЗИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

MATERIAL EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Пачколіна В.А., студентка III курсу
7 факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Кириченко К.С., студентка III курсу
7 факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Селівьорова М.Р., студентка III курсу
4 факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті розглянуто питання щодо особливостей інституту речових доказів у кримінальному провадженні. Він має велике значення, адже дозволяє встановити всі обставини, які підлягають доказуванню, а також визначити винуватість або невинуватість особи. Перелічено підстави для віднесення матеріального об'єкта до числа речових доказів, а також ознаки, які серед інших видів доказів. Виокремлено обставини, за яких найчастіше виявляються предмети, які можуть бути речовими доказами. Наведено нормативну базу функціонування речових доказів у межах кримінального провадження. Речові докази є незамінними, проте у статті розповідається про виняток із загального правила. Проаналізовано приклад із судової практики Верховного Суду щодо визнання речових доказів і допущення їх до кримінального провадження. Зафіксовано межу між випадками, коли речові докази є прямими та непрямими у кримінальному провадженні. Окреслено механізм процесуального оформлення залучення речового доказу до матеріалів кримінального провадження відповідно до чинного українського законодавства. Розглянуто шляхи отримання речових доказів із залученням різних суб'єктів кримінального провадження. Доведено, що принцип законності має найбільш велике значення під час вилучення речових доказів та інших процесуальних дій, пов'язаних з отриманням матеріальних носіїв відомостей, що мають юридичне значення для кримінального провадження та встановлення фактів суспільно небезпечного діяння. Окрема увага приділена питанню щодо вилучення речового доказу за допомогою такої процесуальної дії, як тимчасовий доступ до речей і документів.

Основна мета статті полягає в тому, що саме речові докази виступають «німими свідками», що «не мають можливості» навмисно спотворювати відображені на них сліди вчинення злочину. У результаті проведення аналізу легального визначення поняття «речові докази» можна дійти висновку, що вживання законодавцем терміна «матеріальні об'єкти» замість терміна «предмети» більш точно виражає змістову складову частину цього словосполучення, оскільки є більш широким порівняно з терміном «предмети».

Ключові слова: речові докази, кримінальне провадження, доказування, процесуальне оформлення доказів, матеріальні об'єкти.

The article considers the question of the special aspects of the institute of material evidence in criminal proceedings. It is important because of opportunity to establish all the circumstances to be proved, as well as to determine the guilt or innocence of the person. The grounds for classifying a material object as a hard evidence are listed, as well as features that are among other types of evidence. The circumstances under which items that may be material evidence are most often identified are singled out too. The normative base of functioning of material evidences within the limits of criminal proceedings is resulted. Material evidence is irreplaceable, but the article describes an exception to the general rule. An example from the case law of the Supreme Court on the recognition of material evidence and their involvement in criminal proceedings is analyzed. The boundary between cases when material evidence is primary and derivative in criminal proceedings is fixed. The mechanism of procedural registration of involvement of material evidence in the materials of criminal proceedings in accordance with the current Ukrainian legislation is outlined. The ways of obtaining material evidence with the involvement of various subjects of criminal proceedings are considered. It has been proved that the principle of legality is of the utmost importance in the seizure of material evidence and other procedural actions related to the receipt of material media that have legal significance for criminal proceedings and the establishment of facts of socially dangerous acts. Particular attention is paid to the issue of seizure of material evidence through such procedural action as temporary access to things and documents.

The main purpose of the article is that it is material evidence that act as "dumb witnesses" who "do not have the opportunity" to intentionally distort the traces of the crime reflected on them. Analyzing the legal definition of "material evidence", we can conclude that the use of the term "material objects" by the legislator instead of the term "objects" more accurately expresses the semantic component of this phrase, as it is broader than the term "objects".

Key words: material evidence, criminal provision, proof, procedural formalization of proof, material objects.

Відповідно до ч. 1 ст. 98 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України речовими доказами є матеріальні об'єкти, які були знаряддям учинення кримінального правопорушення, зберегли на собі його сліди або містять інші відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження, зокрема і предмети, що були об'єктом кримінально протиправних дій, гроші, цінності й інші речі, набуті кримінально протиправним шляхом або отримані юридичною особою внаслідок учинення кримінального правопорушення [1]. Однак варто мати на увазі, що співвідношення доказів матеріального походження та змісту поняття «відомості», що міститься в наведеній дефініції, має складний характер. Докази такого виду, як речові, є інформаційно-правовою структурою, що дозволяє відокремити факти, що мають значення для конкрет-

ного кримінального провадження, від інших відомостей [2]. Отже, термін «речові докази» охоплює матеріальні об'єкти, які в межах кримінального провадження допомагають у доказуванні чи спростуванні вини особи. Речові докази також можуть використовуватися для встановлення специфічних ознак злочину. Вони можуть вказати на зв'язок злочинця з місцем учинення злочину, відобразити на собі умови, за яких відбувалася подія, ознаки знарядь, належність певній особі, якщо цей факт має значення для розслідування, різними передачами речовин між ними. Аналіз речових доказів може використовуватися для спонукання до зізнання обвинуваченого, виправдання невинуватих, перевірки алібі, а також забезпечити просування розслідування. Варто зазначити, що правильно та вчасно виявлені речові докази в разі вчинення кримінальних правопорушень мають велике значення.

Згідно із ч. 1 ст. 94 КПК України слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ із погляду належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з погляду достатності та взаємозв'язку для ухвалення відповідного процесуального рішення. Належність речових доказів характеризує лише їхній зміст і не стосується процесуальної форми, вона виступає відображенням наявності причинно-наслідкового зв'язку як об'єктивного між подією кримінального правопорушення та матеріальним об'єктом, який в її результаті був створений, використаний або набув певних фізичних властивостей, що мають значення для кримінального провадження [3, с. 127]. Допустимість речових доказів відображає процесуальну можливість їх використання для встановлення вказаного зв'язку, тобто характеризує не зміст речових доказів, а їхню процесуальну форму, у зв'язку із чим визначається дотриманням правил, передбачених законом [4, с. 14]. Достовірність речових доказів доцільно розглядати як процесуальну властивість, що відображає відповідність їхнього змісту об'єктивній дійсності та придатність на основі такої відповідності використовуватися для встановлення фактів й обставин, які мають значення для кримінального провадження і підлягають доказуванню. Достатність характеризує не лише кількісну, але й якісну сторону сукупності доказів, відображає придатність сукупності доказів для ухвалення відповідного процесуального рішення.

Речовими доказами може бути будь-що – від масивних до мікроскопічних предметів, що виступають частиною злочину та вилучаються з місця події під час проведення слідчих (розшукових) та негласних слідчих (розшукових) дій, як-от огляд, обшук. Зважаючи на всі джерела інформації, виявлені під час розслідування (зізнання, свідчення, відеоспостереження тощо), речові докази відіграють особливо цінну роль, адже вони безпосередньо існують в об'єктивній дійсності. Коли речові докази визнані та належним чином оброблені, вони можуть розкрити достовірну інформацію про кримінальне правопорушення, що розслідується. Речові докази не можуть бути помилковими, вони не можуть лжесвідчити; вони також не можуть бути повністю відсутніми на місці вчинення кримінального правопорушення, помилитися може тільки особа, що здійснює їхню інтерпретацію. Цінність навіть найбільш ретельно відібраних та збережених доказів може бути втрачена, якщо процесуальні вимоги щодо їх перевірки, передачі й оцінки не дотримуються належним чином. Отже, органам та посадовим особам, що беруть участь у кримінальному провадженні, треба неухильно дотримуватися принципів законності та верховенства права в роботі з матеріальними доказами.

До речових доказів можна відносити гроші, цінності й інші речі, нажиті кримінально протиправним шляхом, проте вони будуть лише підтвердженням факту кримінального правопорушення, у цьому разі їхні індивідуальні ознаки не матимуть значення. Як приклади речових доказів можна назвати зброю і боєприпаси, відбитки пальців, сліди інструментів, шин і відбитки взуття, волосся, волокна, скло, фарбу й інші сліди. Речові докази можуть розглядатися як прямі – такі, що вказують на реальні факти й деталі події. Непрямі докази дозволяють зробити висновок про злочин та підтвердити гіпотези слідчих і прокурорів у межах конкретного кримінального провадження. Отже, у кримінальному процесі речовими доказами можуть виступати об'єкти з різними параметрами і властивостями (вага, розмір, обсяг, стан, колір тощо), що безпосередньо стосуються досліджуваних подій, фактів, які мають значення для кримінального провадження, а також які пройшли стадію протокольної фіксації і процесуального оформлення відповідно до Кримінального процесуального кодексу України.

Унікальність речових доказів серед інших видів доказів можна підкреслити наведенням ознак, які їх вирізняють. По-перше, це матеріальний характер об'єкта, тобто здатність речі-об'єкта мати такі властивості, які сприяють відображенню матеріальних слідів на місці злочину і подальшій їх протокольній фіксації, спрямованих на їх визнання як речових доказів. Матеріальний характер об'єктів можуть становити: факти стану, системи, здатні до саморегулювання (біологічні істоти й автоматичні пристрої); спеціально створені носії інформації тощо. Другою ознакою речових доказів є наявність об'єктивного зв'язку з подією злочину, адже тільки в цьому разі вони можуть слугувати засобами, спрямованими на встановлення фактичних обставин справи. Наступна ознака – це здатність предмета сприяти встановленню наявності або відсутності тієї чи іншої ознаки злочину – підтверджувати, спростовувати або ставити під сумнів логічні обґрунтування, висновки про існування фактів (обставин), що мають значення у кримінальному провадженні. Ще одна ознака речових доказів – незамінність, тобто речовий доказ створюється самим фактом учиненого злочину, і якщо він втрачається або пошкоджується під час розслідування, не можна створити такий самий об'єкт, що його замінить. В основі даної ознаки лежить розуміння того, що жоден матеріальний предмет-об'єкт за своєю природою не може мати цілком тотожного двійника, що має схожі характерні особливості та специфічні риси. Речові докази тим і відрізняються, наприклад, від документів-доказів, адже зміни, що відбуваються з першими, безпосередньо пов'язані із кримінальним правопорушенням і не можуть бути відтворені заново, а документи формують інтерес суб'єктів кримінального процесу в аспекті думок, закріплених на матеріальному об'єкті. Вони можуть неодноразово відтворюватися у змісті конкретного різновиду акта. Однак загальне правило про незамінність речових доказів має виняток. Він полягає в можливості приєднання до матеріалів кримінального провадження похідних речових доказів – зліпків, копій слідів у разі неможливості вилучення з місця події, обшуку та залучення оригіналів предметів.

Для визнання об'єктів матеріального світу речовими доказами і використання їх у доказуванні у кримінальному провадженні вони мають відповідати певним процесуальним вимогам, однією з яких є належне процесуальне оформлення факту отримання стороною кримінального провадження матеріального об'єкта. У зв'язку із цим важливо наголосити на тому, що оформлення процесу отримання речових доказів без складання відповідних процесуальних документів є неправомірним, оскільки це не забезпечує достатніх гарантій достовірності отриманої інформації [5, с. 66].

Порядок процесуального оформлення речових доказів залежить від суб'єкта та способу їх отримання. Ця ознака визначає коло осіб, що мають повноваження щодо ухвалення рішення про долю речових доказів, зокрема й щодо вибору місця їх зберігання та умов їх отримання, виходячи із критеріїв безпеки та можливості подальшого використання у кримінальному провадженні. Із цього питання є практика Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, який у постанові від 24 жовтня 2018 р. у справі № 733/249/16-к указав, що предмет після огляду визнають речовим доказом і долучають до кримінального провадження мотивованою постановою (ухвала), якою створюється особливий правовий режим поводження із предметом у кримінальному провадженні. Джерелом фактичних даних / відомостей стосовно речових доказів є протокол огляду предмета [6].

Отже, речові докази є ефективним знаряддям для забезпечення об'єктивності процесу доказування. Ці, часто малопомітні, «добропорядні свідки» є досить об'єктивними, неупередженими й непідкупними, їх не можна «заякати» (хіба що знищити), вони стійкі та «невибагливі», а вустами фахівців можуть говорити красномовніше, гучніше і переконливіше багатьох інших доказів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651–VI / *Верховна Рада України. Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 13. Ст. 88.
2. Крицька І.О. Речові докази у кримінальному провадженні : дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.09. Харків, 2017. 261 с.
3. Ковальчук С.О. Вчення про речові докази у кримінальному процесі: теоретико-правові та практичні основи : дис. ... докт. юрид. наук: 12.00.09. Одеса, 2018. 626 с.
4. Боруленков Ю.П. Допустимість доказательств: время перемен? *Уголовное судопроизводство*. 2013. № 3. С. 13–18.
5. Гмирко В.П. Кримінально-процесуальні докази: поняття, структура, характеристики, класифікація : конспект проблемної лекції. Дніпропетровськ : Акад. митної служби України, 2002. 64 с.
6. Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду від 24 жовтня 2018 р. у справі № 733/249/16-к (провадження № 51–3848км18) *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/77459293>.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ЗАХОДІВ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ**PARTICULAR ASPECTS OF THE MEASURES TO ENSURE CRIMINAL PROCEEDINGS**

Сенченко Н.М., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального права та правосуддя
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Кравченко В.Я., студентка III курсу
юридичного факультету
Національний університет «Чернігівська політехніка»

Стаття присвячена висвітленню однієї з актуальних проблем кримінального процесуального права України щодо питань заходів забезпечення кримінального провадження.

Заходи забезпечення кримінального провадження є невід'ємним складником кримінального процесуального права, оскільки застосовуються з метою досягнення дієвості кримінального провадження.

Автори розглядають поняття заходів на доктринальному рівні та на основі цього пропонують авторське визначення.

На підставі аналізу понять, наявних у науці кримінального процесуального права, виділено основні їх ознаки, здійснено аналіз норм інших галузей права та проведено аналогію між подібними заходами у кримінальному провадженні України, провадженні у справах про адміністративні правопорушення, адміністративному, цивільному та господарському судочинстві України та встановлено, що, створюючи положення про заходи забезпечення кримінального провадження, законодавець запозичив термінологію з інших процесуальних галузей права та об'єднав їх із забезпеченням позову, доказів, запобіжними заходами та заходами процесуального примусу. Також проведено порівняльний аналіз України з іншими державами, і на основі цього встановлено, що багато держав мають аналогічну нормативну модель у частині правового регулювання заходів забезпечення кримінального провадження.

Окремо визначено мету їх застосування, що полягає в досягненні належного виконання учасниками кримінального провадження та іншими особами своїх процесуальних обов'язків, попередження можливих або наявних перешкод під час кримінального провадження, одержання доказів, а також виконання судових рішень. Встановлено, що заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються на підставах, за умов та в порядку, визначених кримінальним процесуальним законом.

Автори акцентують на тому, що на практиці наявна низка недоліків щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження, і це стало предметом прецедентної практики Європейського суду з прав людини. Особливу увагу приділено класифікації заходів забезпечення кримінального провадження, висловлено власні пропозиції щодо визначення їх видів залежно від різних критеріїв.

Ключові слова: заходи забезпечення кримінального провадження, кримінальне провадження, кримінальне процесуальне законодавство, ознаки, підстави застосування заходів забезпечення кримінального провадження, класифікація.

The article is dedicated to the coverage of one of the topical issues of procedural criminal law of Ukraine concerning measures to ensure criminal proceedings.

The measures to ensure criminal proceedings are an integral part of procedural criminal law as they are applied in order to reach the efficacy of criminal proceedings.

The authors examine the doctrinal interpretation of measures and from this they suggest their definition.

On the basis of the analysis of the notions, that are given in the procedural criminal law studies, their main features have been emphasized, the standards of other law branches have been analyzed, and similar measures in criminal proceedings of Ukraine, legal proceedings on administrative violations, administrative, civil and commercial judicial procedures of Ukraine have been compared and it was found that creating provisions on the measures to ensure criminal proceedings the legislator borrowed the terminology from other procedural law branches and combined them with the securing of the claim, evidence, preventive measures and measures of procedural compulsion. Also the contrastive analysis of Ukraine and other countries have been conducted and from this it was found that a lot of countries have the similar normative model of the legal regulation of the measures to ensure criminal proceedings.

The purpose of their realisation, which has been defined separately, involves the achieving of the proper realisation of procedural obligations by the participants in criminal proceedings and others, prevention of the possible or existing obstacles during criminal proceedings, getting the evidence and execution of judgement. It was stated that the measures to ensure criminal proceedings are applied in accordance with the procedure and under the terms of criminal procedural legislation.

The authors put the emphasis on the fact that practically there are downsides concerning the application of the measures to ensure criminal proceedings and it has become the subject of the case law of the European Court of Human Rights. A special attention is placed on the classification of the measures to ensure criminal proceedings and personal suggestions on the determination of their types depending on different criteria have been expressed.

Key words: measures to ensure criminal proceedings, criminal proceedings, criminal procedural legislation, features, grounds for the application measures to ensure criminal proceedings, classification.

Постановка проблеми. Якість та ефективність здійснення кримінального провадження залежить від якості кримінального процесуального законодавства, яке має відповідати міжнародним нормам, зокрема «якості закону» у тлумаченні ЄСПЛ для того, щоб обмеження прав людини у кримінальному провадженні здійснювалось на основі дотримання принципу правової визначеності. Запровадження міжнародно-правових стандартів прав людини в національний кримінальний процес та вплив практики Європейського суду з прав людини стали поштовхом до зміни інституту заходів забезпечення кримінального провадження та оновлення порядку їх застосування.

Кожна сфера суспільних відносин потребує законодавчого регулювання. Оскільки суспільні відносини завжди перебувають у розвитку, законодавство постійно змінюється. Таке явище призвело до прийняття 13 квітня 2012 року нового Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України), в якому було введено положення «заходи забезпечення кримінального провадження».

КПК України 2012 року порівняно з КПК України 1960 року став сучасним, дієвим, демократичним інструментом, який суттєво змінив кримінальне процесуальне законодавство України.

Реформа кримінального процесуального законодавства 2012 року сприяла посиленню правових гарантій

захисту особи під час кримінального провадження, що істотно змінило порядок застосування заходів процесуального примусу. Одним із результатів запровадження змін у механізм застосування заходів забезпечення кримінального провадження стало наближення національного законодавства до європейських стандартів.

Стан дослідження. Проблема заходів забезпечення кримінального провадження за своєю природою є широкою та багатоаспектною та стосується різних сторін поведінки суб'єктів кримінального провадження. З моменту прийняття нового КПК України питання, що стосуються заходів забезпечення кримінального провадження, неодноразово привертало увагу науковців. Зокрема, проблему заходів забезпечення кримінального провадження у своїх роботах досліджували такі науковці: П.М. Давидов, З.Ф. Коврига, Я.Ю. Конюшенко, В.В. Назаров, А.В. Портнов, В.П. Пшонка, В.В. Рожнов, Д.О. Савицький, О.Ю. Татаров, В.Я. Тацій, В.І. Фаринник та ін. Проте, незважаючи на кількість досліджень у цьому напрямі, досліджувана проблематика в кримінальному судочинстві залишається актуальною.

Метою статті є комплексне дослідження інституту заходів забезпечення кримінального провадження, з'ясування сутності та визначення його поняття, розгляд його головних властивостей, підстав застосування, порівняння з іншими країнами та висвітлення класифікації заходів забезпечення кримінального провадження.

Виклад основного матеріалу. На початку необхідно зазначити, що в чинному кримінальному процесуальному законодавстві відсутнє визначення поняття «заходи забезпечення кримінального провадження», але на доктринальному рівні наявні різні його визначення.

Наприклад, В.І. Фаринник вважає, що заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачені кримінальним процесуальним законодавством заходи державно-правового примусу, що застосовуються до підозрюваного, обвинуваченого, потерпілого, свідка й інших осіб, які залучаються до сфери кримінальної процесуальної діяльності уповноваженими державними органами й особами у встановленому законом порядку, з метою запобігання та припинення їх неправомірних дій, забезпечення виявлення та закріплення доказів, досягнення завдань кримінального судочинства та дієвості провадження [1, с. 135].

Схожу думку мають Д.О. Савицький, В.В. Рожнова, Я.Ю. Конюшенко, і пропонують під заходами забезпечення кримінального провадження розуміти передбачені кримінальним процесуальним законом процесуальні засоби державно-правового примусу, які застосовуються уповноваженими органами, що здійснюють кримінальне провадження, у встановленому законом порядку, щодо осіб, які залучаються до кримінально-процесуальної діяльності з метою запобігання та припинення їх неправомірних дій, забезпечення виявлення та закріплення доказів із метою досягнення дієвості кримінального провадження [2, с. 246].

Щодо дієвості, то ми погоджуємось з поглядом В.І. Фаринника, який дієвість кримінального провадження розуміє як виконання завдань кримінального судочинства, що визначені у ст. 2 КПК України, а саме: захист особи, суспільства та держави від кримінальних правопорушень; охорона прав, свобод та законних інтересів учасників кримінального провадження; забезпечення швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового розгляду з тим, щоб кожен, хто вчинив кримінальне правопорушення, був притягнутий до відповідальності в міру своєї вини, жоден обвинувачений не був обвинувачений або засуджений, жодна особа не була піддана необґрунтованому процесуальному примусу, і щоб до кожного учасника кримінального провадження була застосована належна правова процедура [1, с. 135].

О.Ю. Татаров вважає, що заходи забезпечення кримінального провадження – це комплекс передбачених законом заходів процесуального примусу, що застосовуються за наявності певних підстав, із метою запобігання та подолання негативних обставин, які перешкоджають або можуть перешкоджати вирішенню завдань кримінального провадження [3, с. 113].

Аналогічної думки стосовно визначення заходів забезпечення кримінального провадження дотримуються В.П. Пшонка, В.Я. Тацій та А.В. Портнов, які вважають, що це сукупність засобів примусового характеру, які застосовуються з метою успішного розслідування та вирішення завдань кримінального судочинства [4, с. 289–292].

Розглянувши доктринальні поняття заходів забезпечення кримінального провадження, можемо зробити висновок, що всі визначення дуже схожі, і найчастіше розглядаються крізь призму заходів процесуального примусу, але вони не враховують всієї сукупності ознак «кримінально-процесуального примусу». Тому, на нашу думку, під «заходами забезпечення кримінального провадження» необхідно розуміти передбачені кримінальним процесуальним законодавством особисті, організаційні та майнові заходи обмеження прав і свобод особи, що застосовуються незалежно від її волі та бажання, за умов та на підставах, визначених кримінальним процесуальним законодавством, уповноваженими державними органами та посадовими особами, з метою забезпечення швидкого руху кримінального провадження, попередження та за наявності усунення порушень учасників кримінального провадження.

На основі аналізу понять, наявних у науці кримінального процесуального права, можна виділити такі ознаки заходів забезпечення кримінального провадження:

- застосовуються тільки у випадках, якщо іншими заходами завдання кримінального провадження досягнути неможливо;
- мають примусовий характер незалежно від волі особи, щодо якої застосовується цей захід, та залежать не від порядку реалізації заходів, а від їхньої законодавчої моделі;
- мають процесуальний характер, межі, підстави та порядок їх застосування, визначені кримінальним процесуальним законом;
- специфічний суб'єкт застосування, яким, як правило, виступає суддя, суд;
- спрямовані на досягнення єдиної мети – забезпечити належний порядок кримінального провадження та його дієвість.

На нашу думку, термін «заходи забезпечення кримінального провадження» був запозичений з інших галузей права. Зокрема, у Кодексі України про адміністративні правопорушення заходами забезпечення провадження присвячена глава 20. Так, відповідно до ч. 1 ст. 260 КУпАП до них належить: адміністративне затримання особи, особистий огляд, огляд речей та документів, у тому числі посвідчення водія, тимчасове затримання транспортного засобу, відсторонення водіїв від керування транспортними засобами, річковими і маломірними суднами та огляд на стан алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння, а також щодо перебування під впливом лікарських препаратів, що знижують їхню увагу та швидкість реакції [5].

Кодекс адміністративного судочинства України передбачає заходи забезпечення адміністративного позову: зупинення дії рішення суб'єкта владних повноважень чи його окремих положень, які оскаржуються, заборона вчиняти певні дії; способи забезпечення доказів: допит свідків, призначення експертизи, витребування та огляд письмових або речових доказів, у тому числі за місцем їх знаходження; заходи процесуального примусу, до яких належить попередження, видалення із залу судового засідання, тимчасове вилучення доказів для дослідження судом та привід [6].

Цивільний процесуальний кодекс України у главі 9 передбачає заходи процесуального примусу: попередження, видалення із зали судового засідання, тимчасове вилучення доказів для дослідження судом, привід, а також заходи забезпечення позову: накладення арешту на майно та (або) грошові кошти, що належать або підлягають передачі або сплаті відповідачеві і знаходяться в нього чи в інших осіб, накладення арешту на активи, які є предметом спору, чи інші активи відповідача, які відповідають їх вартості, у справах про визнання необґрунтованими активів та їх стягнення в дохід держави, заборона вчиняти певні дії, встановлення обов'язку вчинити певні дії, якщо спір виник із сімейних правовідносин, заборона іншим особам вчиняти дії щодо предмета спору або здійснювати платежі, або передавати майно відповідачеві чи виконувати щодо нього інші зобов'язання, зупинення продажу арештованого майна, якщо подано позов про визнання права власності на це майно і про зняття з нього арешту, зупинення стягнення на підставі виконавчого документа, який оскаржується боржником у судовому порядку, зупинення митного оформлення товарів чи предметів, арешт морського судна, що здійснюється для забезпечення морської вимоги, інші заходи у випадках, передбачених законами, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [7].

Господарський процесуальний кодекс вміщує заходи процесуального примусу: попередження, видалення із залу судового засідання, тимчасове вилучення доказів для дослідження судом, штраф; заходи забезпечення позову: накладення арешту на майно та (або) грошові кошти, що належать або підлягають передачі або сплаті відповідачу і знаходяться у нього чи в інших осіб, заборона відповідачу вчиняти певні дії, заборона іншим особам вчиняти дії щодо предмета спору або здійснювати платежі, або передавати майно відповідачеві, або виконувати щодо нього інші зобов'язання, зупинення стягнення на підставі виконавчого документа або іншого документа, за яким стягнення здійснюється у безспірному порядку, зупинення продажу майна, якщо подано позов про визнання права власності на це майно, або про виключення його з опису і про зняття з нього арешту, зупинення митного оформлення товарів чи предметів, що містять об'єкти інтелектуальної власності, арешт морського судна, що здійснюється для забезпечення морської вимоги, інші заходи у випадках, передбачених законами, а також міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України [8].

Відповідно до цього передбачає заходи забезпечення кримінального провадження: виклик слідчим, дізнавачем, прокурором, судовий виклик і привід; накладення грошового стягнення; тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом; відсторонення від посади; тимчасове відсторонення судді від здійснення правосуддя; тимчасовий доступ до речей і документів; тимчасове вилучення майна; арешт майна; затримання особи; запобіжні заходи [9].

Тому з цього можна зробити висновок, що, створюючи положення про заходи забезпечення кримінального провадження, законодавець запозичив термінологію з інших процесуальних галузей права, а саме: з адміністративного, цивільно-процесуального, господарсько-процесуального, і об'єднав заходи забезпечення кримінального провадження із забезпеченням позову, доказів, запобіжними заходами та заходами процесуального примусу.

У цьому контексті доцільно здійснити порівняльний аналіз України та інших країн у частині правового регулювання заходів забезпечення кримінального провадження. Зокрема, можна простежити схожість норм КПК України та КПК інших країн. Наприклад, глава 4 КПК Естонської Республіки під назвою «Забезпечення кримінального процесу» включає в себе запобіжні заходи (підписка про невізід, нагляд командування військової частини, застава,

тримання під вартою) та інші заходи забезпечення кримінального процесу, які частково є аналогічними з тими, що визначені КПК України (виклик, привід, накладення арешту на майно). КПК Республіки Казахстан виділяє розділ 18 «Запобіжні заходи» (підписка про невізід і належну поведінку, особиста порука, передача військовослужбовця під нагляд командування військової частини, передача неповнолітнього під нагляд, застава, домашній арешт, тримання під вартою) та окремо розділ 19 «Інші заходи процесуального примусу» (зобов'язання про явку, привід, тимчасове відсторонення від посади, грошове стягнення, накладення арешту на майно, заборона на наближення). Подібною є структура КПК Республіки Молдова, КПК Республіки Білорусь, КПК Республіки Таджикистан та Кримінально-процесуального закону Латвії. Проте, на відміну від цих законів, у КПК Республіки Грузії не виділяються окремі розділи чи глави, присвячені питанням забезпечення кримінального провадження. Цікавим є те, що норми, які регламентують застосування зобов'язання про явку, привід, накладення арешту на майно, звільнення обвинуваченого від посади та ін., розміщені у главі 17 «Інші процесуальні дії», а запобіжні заходи – у главі 20 «Перше представлення обвинуваченого до суду, запобіжні заходи».

Тому, проаналізувавши положення КПК інших країн, можна визначити, що багато держав мають аналогічну нормативну модель у частині правового регулювання заходів забезпечення кримінального провадження, проте, на відміну від деяких країн, у структурі КПК України усі заходи забезпечення кримінального провадження регламентовані системно та послідовно (Розділ 2 «Заходи забезпечення кримінального провадження»).

Слід зазначити, що заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються з метою досягнення дієвості кримінального провадження. Проте, на нашу думку, таке визначення мети є дуже загальним, а тому його потрібно визначити як забезпечення належного виконання учасниками кримінального провадження та іншими особами своїх процесуальних обов'язків, попередження можливих або наявних перешкод під час кримінального провадження, одержання доказів, а також виконання судових рішень.

Заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються на підставах, за умов та в порядку, визначених кримінальним процесуальним законом. Правова природа заходів забезпечення кримінального провадження визначається підставами їх застосування. Загальною підставою для застосування великої кількості заходів забезпечення кримінального провадження є неналежне виконання або невиконання обов'язків суб'єктами кримінального провадження, тобто вчинення кримінального процесуального порушення. Проте слід зазначити, що для застосування заходів забезпечення кримінального провадження не завжди обов'язкова наявність кримінального процесуального порушення. В окремих випадках підставами застосування виступає необхідність запобігання здійсненню такого порушення та забезпечення правильного розвитку кримінального провадження.

Серед науковців немає єдиного погляду стосовно підстав застосування заходів забезпечення кримінального провадження. Наприклад, З.Ф. Коврига говорить про те, що підставами їх застосування є система обставин, з яких найбільш суттєвою є існування кримінального правовідношення й ознак вчинення порушення, а також тяжкість вчинення порушення [10, с. 49–51]. П.П. Якімов та П.М. Давидов мають іншу думку стосовно застосування цих заходів і говорять про те, що підставами є дві групи доказів. По-перше, докази, які підтверджують вчинення порушення та ступінь суспільної небезпеки особи. По-друге, докази, які підтверджують можливість із боку обвинуваченого ухилитись від слідства та суду, вчинення перешкод для встановлення істини, продовження вчинення незаконних дій [11, с. 83–84].

Проаналізувавши погляди різних науковців, можемо сказати, що, на нашу думку, підставою застосування заходів забезпечення кримінального провадження є наявність фактичних даних, що свідчать про наявність обставин для застосування певного заходу, тобто обгрунтованої підозри у вчиненні особою кримінального правопорушення або наявності ризиків, що дають достатні підстави слідчому судді, суду вважати, що підозрюваний, обвинувачений засуджений може не виконати покладені на нього обов'язки.

Необхідно звернути увагу на те, що заходи забезпечення кримінального провадження застосовуються на таких засадах: 1) застосування завжди пов'язане з обмеженнями особистих, майнових та інших прав і свобод учасників провадження. Вони виявляються в обмеженні свободи, недоторканості житла, таємниці телефонних розмов, листування, телеграфної та іншої кореспонденції, банківських рахунків та ін. Майнові обмеження проявляються в обмеженні користування та розпорядження певним майном; 2) застосовуються незалежно від волі та бажання учасників провадження; 3) застосовуються тільки на підставі кримінального процесуального законодавства; 4) застосування виявляється в моральному, фізичному або матеріальному впливі на учасника провадження з боку уповноважених органів [12, с. 105].

З огляду на вищезазначене можна зробити висновок, що заходи забезпечення кримінального провадження виражаються в особистісному та майновому обмеженні суб'єктивних прав і свобод учасників провадження. До особистісних обмежень можна зарахувати: особисту недоторканість (затримання особи), свободу пересування (запобіжні заходи), право реалізувати трудову діяльність (відсторонення від посади), свободу вчинення дій за власним переконанням (привід). До майнових обмежень треба зарахувати: втрату матеріальної вигоди, зокрема, у зв'язку з обмеженням права обіймати певну посаду або обмеження права користування і розпорядження власним майном (накладення арешту на майно), накладення грошового стягнення.

Варто зазначити, що на практиці наявна низка недоліків щодо застосування заходів забезпечення кримінального провадження, і це стало предметом прецедентної практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), зокрема у рішенні «Чанев проти України» від 9 жовтня 2014 р., в якому незаконним було визнано тримання особи без обгрунтованого рішення під вартою в період між закінченням досудового розслідування (за матеріалами справи – обвинувальний акт було передано до суду 27 лютого 2013 р., цього ж дня спливав строк тримання особи під вартою) та підготовчим судовим засіданням (відбулося 15 квітня 2013 р.) [13]. Також ЄСПЛ наголосив на тому, що така практика має системний характер, що впливає із прогалін у законодавстві і вже розглядалася раніше, наприклад, рішення «Харченко проти України».

Особливої уваги потребує питання класифікації заходів забезпечення кримінального провадження. На наш погляд, заходи забезпечення кримінального провадження доцільно класифікувати за метою застосування, терміном дії, підставами застосування, режимом обмеження прав і свобод людини, змістом, суб'єктами та можливістю оскарження рішення про їх застосування.

За метою застосування заходи забезпечення кримінального провадження поділяються на: 1) заходи, що спрямовані за забезпечення правильної поведінки підозрюваного, обвинуваченого під час кримінального провадження та виконання ними їх процесуальних обов'язків. Ці заходи певною мірою пов'язані з обмеженням прав та інтересів підозрюваного, обвинуваченого та мають спеціальну мету та специфічний порядок застосування; 2) заходи, що забезпечують отримання та збирання доказів. До них зараховують виклик слідчим, прокурором, судовий виклик, тимчасовий доступ до речей і документів та ін. Ці заходи застосовуються з метою вилучення та дослідження

доказів; 3) заходи із забезпечення цивільного позову та можливої конфіскації майна: арешт майна, тимчасове вилучення майна та ін.; 4) заходи, які застосовуються з метою забезпечення законного порядку під час провадження: накладення грошового стягнення, привід, відсторонення від посади.

За терміном дії заходи забезпечення кримінального провадження поділяються на: 1) заходи, термін тривання яких чітко встановлений: арешт майна, відсторонення від посади та ін.; 2) заходи, які не мають конкретно визначеного терміну дії, наприклад, привід.

За підставами застосування вони поділяються на: 1) заходи, що застосовуються на основі порушення або через можливе порушення процесуальних обов'язків: накладення грошового стягнення, запобіжні заходи, привід та ін.; 2) заходи, що застосовуються без порушення: тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна.

За режимом обмеження прав і свобод особи: 1) заходи, що не пов'язані з ізоляцією особи: накладення грошового стягнення, тимчасове обмеження в користуванні спеціальним правом, особисте зобов'язання, особиста порука, застава та ін.; 2) заходи, пов'язані з тимчасовою ізоляцією особи: затримання особи, тримання під вартою, домашній арешт.

За змістом заходи забезпечення кримінального провадження поділяються на: 1) припиняючі, які застосовуються після порушення норм кримінального процесуального закону: каральні (накладення грошового стягнення, застава); відновлювальні (привід). 2) попереджувальні, які застосовуються для запобігання можливого порушення кримінального процесуального закону в майбутньому та попередження втрати доказової інформації (тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, відсторонення від посади, тимчасовий доступ до речей і документів, тимчасове вилучення майна, затримання особи, запобіжні заходи).

За можливістю оскарження рішення про їх застосування поділяються на: 1) ті, що не підлягають оскарженню (виклики, привід, тимчасове обмеження у користуванні спеціальним правом, тимчасове вилучення майна, накладення грошового стягнення); 2) заходи, рішення про застосування яких підлягають оскарженню (відсторонення від посади, арешт майна, тимчасовий доступ до речей і документів, затримання особи, запобіжні заходи).

Висновки. КПК України передбачає широкий спектр заходів забезпечення кримінального провадження, які застосовуються для забезпечення дієвості кримінального провадження. На основі проведеного дослідження можна зробити висновок, що заходи забезпечення кримінального провадження – це передбачена кримінальним процесуальним законом система заходів процесуального примусу, що застосовуються уповноваженими органами та посадовими особами, які ведуть кримінальне провадження до підозрюваного, обвинуваченого, свідка чи потерпілого для забезпечення належного виконання ними своїх процесуальних обов'язків, попередження та усунення перешкод під час здійснення кримінального провадження на підставах, за умов та в порядку, передбаченому кримінальним процесуальним законом. Підставами застосування заходів забезпечення кримінального провадження можуть бути тільки фактичні дані, що свідчать про необхідність застосування певного заходу забезпечення кримінального провадження: підозра у вчиненні кримінального правопорушення, що може бути підставою для застосування певного заходу; умови, за яких для забезпечення належного ведення кримінального провадження необхідно застосувати відповідні заходи забезпечення кримінального провадження. Тому саме заходи забезпечення кримінального провадження є необхідною умовою для здійснення ефективного і якісного провадження та вирішення завдань кримінального судочинства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Фаринник В.І. Заходи забезпечення кримінального провадження у новому кримінальному процесуальному законодавстві: сутність та класифікація. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 133–142.
2. Рожнова В.В., Савицький Д.О., Конюшенко Я.Ю. Курс лекцій з кримінального процесу за новим Кримінальним процесуальним кодексом України (загальна частина). Національна академія внутрішніх справ, 2012. 331 с.
3. Татаров О.Ю. Заходи забезпечення кримінального провадження: перший досвід застосування. *Бюлетень Міністерства юстиції України*. 2013. № 7. С. 113–122.
4. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Я. Тація, В.П. Пшонки, А.В. Портнова; Національний університет «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого», Національна академія правових наук України. Харків : Право, 2012. 844 с.
5. Кодекс України про адміністративні правопорушення : Закон України від 07.12.1984 р. № 8073-Х. Дата оновлення: 21.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80732-10#Text>. (дата звернення: 26.03.2021).
6. Кодекс адміністративного судочинства України : Закон України від 06.07.2005 р. № 2747-IV. Дата оновлення: 15.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>. (дата звернення: 26.03.2021).
7. Цивільний процесуальний кодекс України : Закон України від 18.03.2004 р. № 1618-IV. Дата оновлення: 13.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1618-15#Text>. (дата звернення: 26.03.2021).
8. Господарський процесуальний кодекс України : Закон України від 06.11.1991 р. № 1798-XII. Дата оновлення: 16.08.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>. (дата звернення: 26.03.2021).
9. Кримінальний процесуальний кодекс України : Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Дата оновлення: 14.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>. (дата звернення: 26.03.2021).
10. Коврига З.Ф. Уголовно-процесуальное принуждение : науч. пособие. Воронеж : Изд-во Воронеж. ун-та, 1975. 175 с.
11. Давыдов П.М. Применение мер процессуального принуждения по Основам уголовного судопроизводства Союза ССР и союзных республик. Свердловск : Изд-во Свердлов. Юрид. ин-та, 1961. 118 с.
12. Назаров В.В. Застосування заходів забезпечення кримінального провадження. *Європейські перспективи*. 2013. № 3. С. 102–106.
13. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Чанев проти України»: URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a37#Text. (дата звернення: 26.03.2021).

ПОНЯТТЯ, ОЗНАКИ ТА ВИДИ ПРОЦЕСУАЛЬНОЇ НЕЗАЛЕЖНОСТІ СЛІДЧОГО

THE CONCEPT, SIGNS AND TYPES OF PROCEDURAL INDEPENDENCE OF THE INVESTIGATOR

Сидорчук В.В., аспірант кафедри кримінального процесу,
оперативної і детективної діяльності
Національний університет «Одеська юридична академія»

Слідчий є ключовою фігурою у кримінальному процесі України. Він є первиною ланкою у збиранні, перевірці і оцінці доказів. Саме від його ефективної роботи залежатимуть подальше продовження кримінального провадження і реалізація завдань кримінального процесу. Питання, пов'язані із процесуальною незалежністю слідчого, в доктрині кримінального процесу порушували давно, адже завжди існували ризики можливого незаконного впливу на слідчого. При цьому зазвичай використовується адмінресурс. Це поняття тісно пов'язане із процесуальною самостійністю слідчого, настільки тісно, що деякі вчені їх отожднювали. Особливо актуальним воно стало після прийняття КПК 2012 року, адже саме тоді небезпідставно в літературі стали вказувати на значне зменшення обсягу процесуальної незалежності у слідчого, навіть на її повне знищення. Однак думки авторів стосовно цього питання розділилися з огляду на важливість процесуальної фігури слідчого, а також неоднозначність стосовно не просто обсягу поняття процесуальної незалежності слідчого, але й існування відповідного поняття. Складнощі у формулюванні цього поняття спричинені відсутністю в законодавстві не просто пояснення відповідного поняття, а взагалі відсутності поняття процесуальної незалежності слідчого. Тому автором були досліджені наявні підходи до розуміння процесуальної незалежності слідчого, змісту цього поняття. Також окремо були досліджені норми, які стосуються незалежності суддів, із метою подальшого виокремлення відповідних ознак незалежності, з огляду на особливості процесуального статусу слідчого. У підсумку, через неоднозначність щодо розуміння цього поняття в доктрині кримінального процесу було запропоноване власне поняття процесуальної незалежності слідчого. На підставі аналізу положень про незалежність суддів і про гарантії, які передбачені законодавцем для забезпечення їх незалежності, були виділені гарантії, що мають сприяти процесуальній незалежності слідчого, а також відповідні гарантії були розподілені на умовні категорії задля кращого розуміння змісту поняття процесуальної незалежності слідчого.

Ключові слова: слідчий, незалежність, процесуальна незалежність, гарантії, незаконний вплив, незаконний тиск.

The investigator is a key figure in Ukraine's criminal process. He is the primary link in gathering, verifying and evaluating evidence. The further continuation of criminal proceedings and the implementation of the tasks of the criminal process will depend on its effective work. Issues related to the procedural independence of the investigator in the doctrine of criminal procedure have long been raised. After all, there have always been risks of possible illegal influence on the investigator. This usually uses an administrative resource. This concept is closely related to the procedural autonomy of the investigator, so closely that some scholars have identified them. It became especially relevant after the adoption of the CCP in 2012. After all, it was then that the literature began to point to a significant decrease in the scope of procedural independence of the investigator, even to its complete destruction. However, the authors' opinions on this issue were divided. Given the importance of the procedural figure of the investigator, as well as the ambiguity among scholars regarding not only the scope of the concept of procedural independence of the investigator, but also the existence of the relevant concept. Difficulties in the formulation of this concept are caused by the lack of legislation not just an explanation of the concept, but in general the lack of the concept of procedural independence of the investigator. Therefore, the author studied the existing approaches to understanding the procedural independence of the investigator, the content of this concept. Norms concerning the independence of judges were also examined separately, in order to further identify the relevant features of independence and taking into account the peculiarities of the procedural status of the investigator. As a result, given the ambiguity in the understanding of this concept in the doctrine of criminal procedure the own concept of procedural independence of the investigator was proposed. Based on the analysis of the provisions on the independence of judges and the guarantees provided by the legislator to ensure their independence, guarantees were provided to promote the procedural independence of the investigator, and the relevant guarantees were divided into conditional categories to better understand the concept of procedural independence of the investigator.

Key words: investigator, independence, procedural independence, guarantees, illegal influence, illegal pressure.

Нині в доктрині кримінального процесу значну увагу приділяють розгляду проваджень у судах різних інстанцій, важливою є практика ЄСПЛ щодо питань, пов'язаних із допустимістю доказів. Однак меншою увагою наділяється суб'єкт кримінального провадження, від якого, зрештою, залежить і якість отриманих доказів, і їх допустимість. Саме від роботи слідчого залежатиме, чи з належними, допустимими, повними і достовірними доказами прокурор буде підтримувати державне обвинувачення в суді. Будучи первиною ланкою здійснення правосуддя, що без його якісної роботи не можливе, він збирає докази, на підставі яких потім це саме правосуддя і реалізується. Важливою гарантією діяльності слідчого виступають, у тому числі, процесуальна самостійність і незалежність.

Питання процесуальної самостійності та незалежності слідчих перебували в центрі уваги практичних працівників, вітчизняних та зарубіжних науковців, таких як Ю.П. Аленіна, О.В. Бауліна, В.Д. Берназ, М.М. Видря, О. Зайцев, І. В. Канфюї, А.О. Ляш, Р.Д. Рахуно, О.М. Скрябіна та багатьох інших.

Законодавчо визначення поняття процесуальної самостійності і незалежності слідчого не закріплені. У кодексах

навіть відсутнє поняття процесуальної незалежності, на відміну від процесуальної самостійності, що дає змогу деяким авторам вказувати на відсутність процесуальної незалежності слідчого взагалі.

Поняття процесуальної незалежності в доктрині кримінального процесу часто вживається разом із поняттям процесуальної самостійності. Науковці пояснюють цю особливість специфічним зв'язком, який існує між цими поняттями: «У правовій теорії процесуальну самостійність слідчого поєднують із його процесуальною незалежністю через наявність між ними органічного взаємозв'язку, зумовленого, в тому числі, існуванням спільних для них спеціальних гарантій» [1, с. 173–174]. Деякі процесуалісти вказують на тотожність цих понять [2, с. 137]. Деякі зауважують про відсутність процесуальної незалежності і наявність лише процесуальної самостійності в рамках чинного кримінально-процесуального законодавства [3, с. 138]. Існує думка, що слідчий є самостійним, приймаючи рішення, а щодо незалежності, то вона йому гарантується його процесуальним статусом [4, с. 79].

Незважаючи на багатогранність думок із цього приводу, і на те, що деякі науковці заперечують наявність

поняття процесуальної незалежності слідчого, все ж деякі надали свої визначення цьому поняттю. Так, А.Н. Скрябін зазначав, що «незалежність слідчого» – це його можливість здійснювати певну професійну діяльність, яка не потребує процесуального або управлінського впливу [5, с. 255]. Є думка про те, що незалежність є категорією, котра характеризує зовнішні межі діяльності слідчого, які не залежать від його волі, а повністю визначаються зовнішніми чинниками (законом, підзаконними актами, вказівками керівника органу досудового розслідування, прокурора, рішеннями слідчого судді) [6, с. 133]. Такої ж думки дотримується і І.В. Канфуї: «Категорія, яка характеризує зовнішні межі діяльності слідчого, які від волі слідчого не залежать, а повністю визначаються зовнішніми чинниками (законом, підзаконними актами, вказівками керівника органу досудового розслідування, прокурора, рішенням слідчого судді)» [7, с. 94]. Ю.В. Баулін, пишучи про процесуальну незалежність, зауважує, що провадження досудового слідства і прийняття усіх рішень у справі здійснюється слідчим на підставі закону та відповідно до його внутрішнього переконання; слідчому забезпечуються умови безперешкодного й ефективного здійснення його процесуальних повноважень. Вчений пропонує закріпити ці положення в КПК України [8, с. 3].

Незважаючи на справедливе зауваження багатьох науковців про значне скорочення як процесуальної самостійності, так і процесуальної незалежності слідчого [9, с. 2], і про існування в сучасному кримінальному процесі лише процесуальної самостійності, автор дотримується думки про існування в сучасній парадигмі поняття процесуальної самостійності і незалежності слідчого. І зміст цих понять є різним. Так, щодо процесуальної незалежності слідчого, це передбачена законодавством змога слідчого, яка практично реалізується, уникати або протидіяти впливу, який спрямований на недопущення реалізації слідчим його повноважень і (або) покладених на нього завдань, у тому числі завдань кримінального провадження [10, с. 582]. Своєю чергою процесуальну самостійність слідчого можна визначити як особливості взаємодії слідчого з іншими суб'єктами кримінального процесу щодо можливості реалізації його повноважень і (або) покладених на нього завдань, у тому числі завдань кримінального провадження [10, с. 581].

Однак хотілося б детальніше розглянути поняття, ознаки і можливі види процесуальної незалежності слідчого.

Так, значна кількість авторів, розглядаючи питання процесуальної незалежності, звертаються до етимології поняття незалежності, що без специфіки кримінально-процесуальних відносин і без урахування місця слідчого у кримінальному процесі в загальних рисах дає змогу осягнути це поняття. Так, незалежний – той, який не залежить від когось, чогось, не підкоряється, не підлягає комусь, чомусь; самостійний, рішучий у поведінці, діяч і т. ін. (про вдачу, характер людини); який виражає або свідчить про самостійність у поведінці, вчинках і т. ін. [9, с. 2]; «незалежність» – це стан, в якому хтось чи щось не залежить від кого-, чого-небудь, не підкоряється комусь [5, с. 254]. І, враховуючи з цими дефініціями специфіку статусу слідчого у кримінальному процесі, автори отримували поняття процесуальної незалежності слідчого. Разом із тим, надаючи поняття, автори не зазначають характерні ознаки і/або види, які можуть бути виділені з процесуальної незалежності слідчого.

Кажучи про незалежність, варто зрозуміти, що відсутня абсолютна незалежність. Усі речі або явища залежать одне від одного або від певних чинників. Якщо розглядати сферу державних службовців, до яких належить слідчий, то вони є залежними. Залежними від законодавця, який може визначити додаткові вимоги для зайняття посади, залежними від керівника, який організовує роботу

слідчого, ініціює догани, заохочення, підвищення та здійснює інший адміністративний вплив.

Стосовно цього А.Н. Скрябін зазначає: «Його службова діяльність постійно перебуває в залежності службовій і процесуальній. Службова залежність визначається як підпорядкованість слідчого керівнику органу досудового розслідування, який під час здійснення слідчим своєї діяльності безпосередньо вказує її напрям шляхом надання письмових доручень, які є обов'язковими для виконання. Проте слідчий у своїй діяльності підпорядкований не лише керівнику органу досудового розслідування, а й також керівнику територіального підрозділу, де працює слідчий» [5, с. 254].

Однак, з огляду на занадто загальне розуміння етимології поняття незалежності, відсутність його законодавчого закріплення, відсутність у літературі чітких ознак та можливих видів процесуальної самостійності слідчого, здається вдалим використати для спеціального його розуміння дотичне поняття – незалежність суддів, яке закріплене в Законі України «Про судоустрій і статус суддів», в якому присвячена не одна стаття як поняттю незалежності, так і його змісту, виокремлюючи спільні для цих суб'єктів кримінального процесу ознаки. Так, ст. 6 згаданого закону визначає незалежність щодо суддівського корпусу: «Здійснюючи правосуддя, суди є незалежними від будь-якого незаконного впливу» [11]. Отже, перша ознака незалежності, яка цілком відповідає і статусу слідчого також, – під час реалізації повноважень унеможливити незаконний (не передбачений чинним законодавством) вплив. Щодо цього впливу треба зрозуміти диференціацію джерел впливу (законні і незаконні) і суть впливу (допомогти або завадити слідчому у виконанні ним його повноважень). «Суди здійснюють правосуддя на основі Конституції і законів України та на засадах верховенства права. Втручання у здійснення правосуддя, вплив на суд або суддів у будь-який спосіб, неповага до суду чи суддів, збирання, зберігання, використання і поширення інформації усно, письмово або в інший спосіб із метою дискредитації суду або впливу на безсторонність суду, заклики до невиконання судових рішень забороняються і мають наслідком відповідальність, установлену законом» [11]. Тут законодавець вказує, що діяльність державних органів здійснюється виключно на підставі законів України. Варто зауважити про принцип верховенства права – він має закривати прогалини в законодавстві щодо регламентації роботи відповідного органу, і з огляду на те, що принцип верховенства права за своєю суттю є оціночною категорією, жодне оперативне втручання зі сторони третіх осіб у професійну діяльність не допускається. Важливим є зауваження законодавця щодо впливу на суд чи суддів. При цьому вплив доволі різносторонній, явно незаконний, однак важлива мета цього впливу – дискредитація самого суду, вплив на об'єктивність рішення, або нівелювання рішення.

«Органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи мають утримуватися від заяв та дій, що можуть підірвати незалежність судової влади. Для захисту професійних інтересів суддів та вирішення питань внутрішньої діяльності судів відповідно до цього Закону діє суддівське самоврядування» [11]. Зі змісту стає зрозумілим, що законодавець вбачає небезпеку незалежності суддів, перш за все, в інших органах державної влади і місцевого самоврядування, через наявні в останніх повноваження, які можна в різній формі використати для оперативного втручання в діяльність останніх. Крім того, передбачено створення суддівського самоврядування, в тому числі, для протидії можливому тиску.

Своєю чергою ст. 48 Закону характеризує незалежність конкретного судді: «Суддя у своїй діяльності щодо здійснення правосуддя є незалежним від будь-якого незаконного впливу, тиску або втручання. Втручання у діяльність судді щодо здійснення правосуддя забороняється і має

наслідком відповідальність, установлену законом. Суддя не зобов'язаний давати жодних пояснень щодо суті справ, які перебувають у його провадженні, крім випадків, установлених законом. Суддя зобов'язаний звернутися з повідомленням про втручання в його діяльність як судді щодо здійснення правосуддя до Вищої ради правосуддя та до Генерального прокурора» [11]. У цій статті законодавець персоніфікує положення, викладені у ст. 6 Закону, однак додає ще одну важливу ознаку незалежності – надання пояснень по суті справи тільки за бажанням судді або в передбачених законом випадках.

Окремо варто виділити гарантії, що стосуються незалежності, які виділив законодавець:

- 1) особливий порядок призначення, притягнення до відповідальності, звільнення та припинення повноважень;
- 2) недоторканність та імунітет;
- 3) незмінюваність;
- 4) порядок здійснення правосуддя, визначений процесуальним законом;
- 5) заборона втручатися у здійснення правосуддя;
- 6) відповідальність за неповагу до суду чи судді;
- 7) окремий порядок фінансування та організаційного забезпечення діяльності судів, установлених законом;
- 8) належне матеріальне та соціальне забезпечення судді;
- 9) функціонування органів суддівського врядування та самоврядування;
- 10) визначені законом засоби забезпечення особистої безпеки судді, членів його сім'ї, майна, а також інші засоби їх правового захисту;
- 11) право судді на відставку.

Відповідні гарантії умовно можна згрупувати залежно від спрямованості цих гарантії: соціально-матеріальні, організаційно-адміністративні, процесуально визначені, захисту від незаконного впливу.

Так, якщо розглянути першу групу соціально-матеріальних гарантії, які покликані задовольнити потреби судді як фізичної особи і як державного службовця, то до них варто зарахувати такі дефініції, закріплені законодавцем: належне матеріальне та соціальне забезпечення судді і окремий порядок фінансування та організаційного забезпечення діяльності судів, установлених законом.

Щодо організаційно-адміністративних гарантії, то вони характеризуються особливістю вимог, які ставляться до кандидатів у судді, особливістю проходження державної служби з метою унеможливлення різного роду впливу на їх діяльність. До них варто зарахувати особливий порядок призначення, притягнення до відповідальності, звільнення та припинення повноважень, право судді на відставку.

Важливими є процесуально визначені гарантії, які регламентують діяльність і статус судді безпосередньо під час здійснення правосуддя. Так, до них варто зарахувати незмінюваність, порядок здійснення правосуддя, визначений процесуальним законом, заборону втручатися у здійснення правосуддя, відповідальність за неповагу до суду чи судді.

І остання група – захист від незаконного впливу, яка покликана забезпечити фізичну безпеку судді як фізичній особі і процесуальну стабільність під час здійснення правосуддя. До цієї групи варто зарахувати такі гарантії: недоторканність та імунітет, відповідальність за неповагу до суду чи судді, функціонування органів суддівського врядування та самоврядування, визначені законом засоби забезпечення особистої безпеки судді, членів його сім'ї, майна, а також інші засоби їх правового захисту.

Отже, враховуючи наявні в літературі думки стосовно процесуальної незалежності слідчого і положення сто-

совно незалежності суддів, можна виділити ознаки процесуальної незалежності слідчого:

- регламентація процесуальної діяльності виключно законом;
- можливість протидії незаконному впливу, тиску або втручання в діяльність, що заважає реалізовувати покладені повноваження для виконання завдань кримінального провадження;
- можливість протидіяти діям, що дискредитують роботу слідчих;
- можливість апеляції на дії осіб, від яких є процесуальна залежність і в діях яких вбачається протидія щодо реалізації слідчим покладеним на нього завданням кримінального провадження.

Отже, процесуальна незалежність слідчого – це регламентована законом процесуальна діяльність слідчого, що передбачає можливість протидіяти незаконному впливу, тиску або втручання в законну діяльність слідчого, який реалізує покладені на нього повноваження для реалізації завдань кримінального провадження або можливість протидії (апеляції) на дії осіб, від яких є процесуальна залежність і в діях яких вбачається протидія покладеним на слідчого повноваженням щодо реалізації завдань кримінального провадження.

Важливими є питання про наявні, або можливі способи забезпечення процесуальної незалежності, або ж гарантії процесуальної незалежності слідчого. Тут можна також виділити чотири види гарантії. Перший вид – організаційно-адміністративний – має забезпечуватися особливим порядком проходження слідчим державної, який би унеможливив різного роду вплив на них. Другий вид – соціально-матеріальні гарантії, які мають повною мірою компенсувати ризик, присутній у роботі слідчого, і його важливість у кримінальному провадженні. Відповідні соціально-матеріальні гарантії також не мають залежати від осіб, які мають законний вплив на слідчого, або від осіб на яких має законний вплив особа, що паралельно має законний вплив на слідчого. Третій вид – процесуально-визначені гарантії, які регламентують діяльність слідчого, вичерпний перелік його прав і обов'язків, а також суб'єктів кримінального процесу, які здійснюють контроль за його діяльністю. Четвертий вид – захист від незаконного впливу, можливість протидіяти відповідному впливу. Тут варто визначити, що вплив може бути явно незаконним, якщо суб'єкти відповідного впливу не мають законних підстав для нього, і порівняно незаконним, якщо відповідні суб'єкти впливу нормативно мають підстави для нього, однак характер і мета такого впливу явно не відповідають завданням кримінального провадження або чинному законодавству.

Підсумовуючи, варто зазначити, що процесуальна незалежність слідчого – це регламентована законом, процесуальна діяльність слідчого, яка передбачає змогу протидіяти незаконному впливу, тиску або втручання в законну діяльність слідчого, який реалізує покладені на нього повноваження з метою реалізації завдань кримінального провадження або можливість протидії (апеляції) на дії осіб, від яких існує процесуальна залежність і в діях яких вбачається протидія покладеним на слідчого повноваженням щодо реалізації завдань кримінального провадження.

Для її забезпечення має функціонувати система гарантії, яка має включати в себе чотири її види: організаційно-адміністративний, соціально-матеріальний, процесуально визначений захист і захист від незаконного впливу.

ЛІТЕРАТУРА

1. Баулін О.В., Карпов Н.С. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого та їх правові гарантії : монографія. Київ : НАВСУ, 2001. 232 с.
2. Рахуно Р.Д. Участники уголовно-процессуальной деятельности по советскому праву. Москва : Гос. Изд-во. юрид. лит-ры, 1961. 276 с.

3. Берназ В.Д., Смоков С.М. Рішення слідчого (криміналістичний, процесуальний та психологічний аспекти) : монографія. Одеса : Вид-во Одеського юридич. ін-ту НУВС, 2005. 151 с.
4. Выдря М.М. Расследование уголовного дела – функция уголовного процесса. *Сов. государство и право*. 1980. № 9. С. 78–82.
5. Скрябін О.М. Процесуальна незалежність слідчого: проблеми теорії та практики. *Вісник Запорізького національного університету*. 2004. № 3. С. 253–260
6. Зайцев О. Поняття та сутність процесуальної самостійності і незалежності слідчого в кримінальному процесі України. *Національний юридичний журнал: теорія та практика*. 2017. Грудень. С. 133.
7. Канфуї І.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого як характеристика його місця і ролі на стадії досудового розслідування. *Науковий вісник Херсонського державного університету*. 2014. Випуск 2. Том 4. С. 93–96.
8. Баулін О.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого та їх правові гарантії : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2000. 40 с.
9. Ляш А.О., Баулін О.В. Процесуальна самостійність і незалежність слідчого за новим КПК. *Часопис Академії адвокатури України*. 2013. № 18. С. 1–8.
10. Сидорчук В.В. Співвідношення понять процесуальної самостійності і незалежності слідчого. *Електронне наукове фахове видання: Порівняльно-аналітичне право*. 2020. № 1. С. 579–582. URL: <http://pap-journal.in.ua/wp-content/uploads/2020/08/1-1.pdf>.
11. Про судоустрій і статус суддів : Закон України від 02.06.2016 року, № 1402–VIII. Оновлено 10.12.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1402-19/conv#n418>

ДЕЯКІ ТЕОРЕТИЧНІ ТА ПРИКЛАДНІ ПРОБЛЕМИ РОЗВИТКУ КРИМІНАЛІСТИЧНОГО ДОСЛІДЖЕННЯ МАТЕРІАЛІВ, РЕЧОВИН І ВИРОБІВ

SOME THEORETICAL AND APPLIED PROBLEMS OF DEVELOPMENT OF CRIMINALISTICS STUDY OF MATERIALS, SUBSTANCES AND PRODUCTS

Степанюк Р.Л., д.ю.н., професор,
професор кафедри криміналістики, судової експертології та домедичної підготовки
Харківський національний університет внутрішніх справ

Перлін С.І., к.ю.н.,
директор

Харківський науково-дослідний експертно-криміналістичний центр Міністерства внутрішніх справ України

Статтю присвячено розгляду процесу становлення криміналістичного дослідження матеріалів, речовин та виробів, а також визначенню місця цього розділу в структурі криміналістичної техніки. Зазначено, що застосування засобів і методів хімії в діяльності з розкриття та розслідування злочинів має давню історію і насамперед пов'язане з теоретичними та прикладними дослідженнями у сфері судової медицини, в межах якої і виникла відповідна галузь знань. У криміналістиці питання аналізу окремих матеріалів і речовин (ґрунтів, плям, пилу тощо) почали розглядати фактично із самого початку формування цієї науки. У другій половині ХХ століття в радянській криміналістиці зазначений розділ було виключено на кілька десятиліть, хоча експертизи матеріалів, речовин і виробів проводились в установах судової експертизи. У зарубіжних країнах криміналістичний аналіз матеріалів, речовин і виробів є традиційним розділом, який динамічно розвивається. зарахування його до числа нетрадиційних або новітніх у криміналістиці є неточним і зумовлено відставанням природничо-технічного напрямку, що має місце як наслідок помилок радянського періоду. У сучасний період цей розділ криміналістичної техніки вивчає засоби і методи виявлення, вилучення та експертного дослідження різноманітних матеріалів, речовин та виробів, які не є об'єктами вивчення інших відділів криміналістичної техніки, із метою вирішення завдань, що виникають у зв'язку з розкриттям та розслідуванням кримінальних правопорушень. Найбільш поширеними об'єктами цього виду криміналістичних досліджень є ґрунти, лакофарбові матеріали, скло, кераміка та полімери, волокна, нафтопродукти, спирти, метали і сплави, харчові продукти, наркотики та інші хімічні речовини. Залежно від об'єктів дослідження побудовано внутрішню структуру цієї частини криміналістичної техніки.

Ключові слова: криміналістика, криміналістична техніка, судова експертиза, судова хімія, криміналістичне дослідження матеріалів, речовин і виробів.

The article is devoted to the consideration of the process of formation of criminalistics research of materials, substances and products, and also the determination of the place of this section in the structure of criminalistics technology. It is marked that the use of means and methods of chemistry in the solving and investigation of crimes has a long history and is primarily associated with theoretical and applied research in forensic medicine, within which the relevant field of knowledge arose. The issue of analysis of certain materials and substances (soils, stains, dust, etc.) began to be considered in fact from the very beginning of the formation of criminalistics. In the second half of the twentieth century in Soviet criminalistics, this section was excluded for several decades, although examinations of materials, substances and products were conducted in forensic institutions. In foreign countries, criminalistics analysis of materials, substances and products is a traditional section that is developing dynamically. Assigning it to the number of unconventional or new in criminalistics is inaccurate and is due to the lag of natural and technical direction, which occurs as a result of mistakes of the Soviet period. In the modern period, this section of criminalistics technology studies the means and methods of detection, extraction and expert examination of various materials, substances and products that are not objects of study of other departments of criminalistics technology, in order to solve problems arising in connection with the solving and investigation of criminal offenses. The most common objects of this type of criminalistics research are soils, paints, glass, ceramics and polymers, fibers, petroleum products, alcohols, metals and alloys, food, drugs and other chemicals. Depending on the objects of research, the internal structure of this part of criminalistics technology is built.

Key words: criminalistics, criminalistics technology, forensic examination, forensic chemistry, criminalistics research of materials, substances and products.

Постановка проблеми. У зв'язку з розкриттям та розслідуванням кримінальних правопорушень нерідко виникають завдання щодо визначення внутрішньої будови, складу, структури та властивостей певної речовини (фарби, волокон одягу, горючих матеріалів, наркотиків тощо), виявленої на місці події, під час обшуку або інших слідчих (розшукових) дій. Тому криміналісти з давніх часів приділяли увагу пошуку можливостей аналізу відповідних об'єктів із метою їх індивідуалізації та встановлення групової приналежності. В основі таких досліджень знаходяться технології природничих і технічних наук, насамперед хімії, оскільки здійснюється аналіз речовин, їхньої структури та властивостей, а також методів фізичного та фізико-хімічного аналізу, що дає змогу з'ясувати ширше коло важливих для вирішення завдань судочинства питань і максимально забезпечити збереження об'єктів дослідження. Водночас у вітчизняній криміналістичній науці питання щодо місця досліджень матеріалів, речовин і виробів у системі криміналістичної техніки залишається дискусійним, що стримує розвиток цієї галузі як у теоретичному, так і в практичному аспектах. Особливо це стосується розроблення засо-

бів і методів виявлення та вилучення відповідних об'єктів у «польових» умовах, тобто в процесі слідчих (розшукових) дій, а також викладання криміналістики в закладах освіти, оскільки в більшості сучасних українських підручників такого розділу взагалі не представлено. Зазначені обставини зумовлюють необхідність з'ясування вказаних питань і вироблення єдиного підходу щодо розуміння криміналістичного дослідження матеріалів і речовин як складової частини криміналістичної техніки.

Аналіз останніх наукових публікацій. Проблеми формування та сучасний стан криміналістичного дослідження матеріалів, речовин і виробів як галузі криміналістичної техніки та окремого роду судової експертизи розглядали В.С. Мітрічев, В.М. Хрустальов, А.В. Кофанов, О.Л. Кобилянський, О.О. Давидова та інші науковці. В їхніх дослідженнях зосереджено основну увагу на експертних технологіях, які застосовуються в зазначеній сфері. Водночас питання щодо визначення поняття цього розділу криміналістичної техніки, історії його становлення в структурі криміналістичної науки та внутрішньої побудови досліджено мало.

Мета статті – розглянути генезис криміналістичного дослідження матеріалів, речовин та виробів, з'ясувати його місце в структурі криміналістичної техніки та визначити зміст.

Виклад основного матеріалу. Застосування засобів і методів хімії в діяльності з розкриття та розслідування злочинів має давню історію і насамперед пов'язане з теоретичними та прикладними дослідженнями у сфері судової медицини, в межах якої і виникла відповідна галузь знань. Основна увага в судово-медичній хімії завжди приділялась дослідженню отрут, слідів крові й інших виділень людського організму, впливу на нього сильнодіючих речовин, що є цілком закономірним з огляду на предмет і завдання судової медицини, як складова частина якої нині активно розвивається судово-медична токсикологія. У фармацевтичній науці також було сформовано напрям токсикологічної хімії, яка досліджує методи виявлення та визначення токсикологічних речовин.

Засновником токсикології вважають французького лікаря і хіміка М.Ж. Бонавантюра Орфілу (1787–1853), який активно досліджував методи виявлення в організмі отрут, досягши в цій сфері видатних для того часу результатів. У Російській імперії знаковими в галузі судової хімії були праці медиків і фармацевтів А.П. Нелюбіна, А.А. Іовського, Г.Л. Драгендорфа, Ю.К. Траппа та інших науковців. Своєю чергою криміналістичний напрям у галузі судової хімії сформувався в першій половині ХХ століття разом зі становленням криміналістики як науки, природничо-технічна складова частина якої являла собою пристосування досягнень інших наук (насамперед, фізики, хімії та біології) до вирішення завдань у зв'язку з дослідженням матеріальних слідів кримінальних правопорушень.

Фундатор криміналістичної науки Г. Гросс у своєму керівництві для судових слідчих приділив значну увагу розгляду можливостей використання мікроскопічного та хімічного аналізу плям крові, екскрементів, волосся, тканин, бруду, пилу тощо. Виділивши в посібнику окрему главу «Про хіміка», науковець підкреслив важливість залучення таких спеціалістів не тільки з метою токсикологічного аналізу, а й для спільного з мікроскопістом дослідження зазначених вище різновидів слідів злочину [1, с. 231–266].

Інший видатний криміналіст Р.-А. Рейс також звертав увагу на можливості хімічного аналізу під час дослідження слідів крові, документів, фальшивих монет. Щоправда, він особливо підкреслював руйнівний вплив хімічних методів на речові докази, зокрема, документи, що, на його думку, не завжди відповідає цілям судового розслідування [2, с. 101–107].

Наукові та прикладні засади дослідження речовин, виявлених на місці події (пилу, бруду, ґрунту тощо), на початку ХХ століття було сформовано видатним французьким криміналістом Е. Локаром, який започаткував цей напрям у діяльності очолюваної ним поліцейської лабораторії. Хоча сам науковець вказував на запозичення ідеї у Г. Гросса та письменника А. Конан-Дойля [3, с. 391], варто зауважити, що ці автори лише окреслювали перспективи, але не розробляли ані теоретичні, ані практичні основи згаданої галузі криміналістичної техніки.

Серед засновників цього напрямку також відомий німецький криміналіст і хімік Г. Попп. Варто особливо зазначити вагомий внесок у розвиток криміналістики таких фахівців у галузі хімії, як К.Я. ван Ледден Хюльсебош, А. Брюнінг, Г.А. Бель, П. Езеріх, Е.О. Гейнріх, П.Л. Кірк та ін. Завдяки впровадженню в практичну судово-експертну діяльність технологій аналітичної хімії було розроблено чимало ефективних засобів і методів дослідження різних матеріалів і речовин (волокон, тканин, фарб, скла, харчових продуктів, рідин, наркотиків тощо).

У Російській імперії та згодом у СРСР у першій половині ХХ ст. криміналістику розуміли так, як і в інших державах, як прикладну науку, що вивчає найбільш доцільні

способи та прийоми застосування методів інших природничих і технічних наук до розслідування злочинів. Тому в посібниках і підручниках того періоду було представлено матеріал (у тому числі запозичений із зарубіжних джерел) щодо виявлення та дослідження слідів крові, сперми, екскрементів, горючих матеріалів тощо [4, с. 142–167; 5, с. 91–93]. Наукові дослідження з криміналістики в той період здійснювались не тільки юристами, а і фахівцями в галузі хімії, біології та інших наук. Але надалі на фоні протиставлення «радянської» та «буржуазної» криміналістики в СРСР обґрунтували юридичну (правову) природу цієї науки. У результаті основну її частину становили рекомендації тактичного й організаційного характеру, орієнтовані насамперед на слідчого. Природничо-технічна складова частина (криміналістична техніка) поступово відставала від передових світових досягнень, чому також сприяла ізоляція науковців від капіталістичними країнами. Інформація про світові інновації у сфері фізико-хімічних і хімічних методів криміналістичних досліджень надходила зі значним запізненням і далеко не в повному обсязі, що не сприяло становленню новітніх галузей криміналістичної техніки. Розділи про дослідження речовин і матеріалів «зникли» зі структури криміналістичної техніки на кілька десятиліть.

Засновником судової хімії в СРСР вважають О.В. Степанова [6, с. 324], який досліджував переважно питання токсикологічної хімії [7]. Водночас проблеми судово-хімічного дослідження об'єктів (ґрунту, води, фарби тощо), які не пов'язані з медициною та фармакологією, проходили процес становлення в межах практичної експертної діяльності, що призвело до формування окремого роду судових експертиз – криміналістичної експертизи матеріалів, речовин та виробів. У 1970-х рр. минулого століття теоретичні та методичні основи відповідної галузі розробив С.П. Мітрічев, який запропонував включити відділ із питань дослідження речовин і матеріалів до структури криміналістичної техніки [8]. Ця пропозиція знайшла і прихильників [9, с. 122–123], і противників [10, с. 33–34], але досі залишається дискусійною, лише в окремих сучасних підручниках і посібниках із криміналістики такий розділ представлено.

Вважаємо загалом вірним положення, що криміналістичне дослідження матеріалів, речовин та виробів є більш широким поняттям, ніж відповідна криміналістична експертиза. Це весь процес роботи з матеріальними об'єктами, який включає їх виявлення, фіксацію, вилучення, дослідження процесу слідоутворення та власне судову експертизу [11, с. 5; 12, с. 236].

На нашу думку, генезис криміналістичної науки та сучасний її стан підтверджують доречність виокремлення розділу, присвяченого дослідженню матеріалів, речовин і виробів у структурі криміналістичної техніки, оскільки ця галузь для криміналістики є традиційною, активно розвивається вже понад сто років і має широку сферу практичного застосування. У процесі її диференціації варто враховувати, що в основі відповідних досліджень є насамперед хімічні та фізико-хімічні методи встановлення хімічного складу певного матеріалу чи речовини, які застосовуються і в інших галузях криміналістичної техніки, зокрема технічному дослідженні документів, вибухотехніці тощо.

У процесі визначення кола об'єктів, які вивчаються в цьому розділі, також варто зазначити, що речовини біологічного походження досліджують судова медицина та криміналістичне ДНК-профілювання. Відповідно, в сучасних умовах необхідно розрізняти кілька відділів криміналістичної техніки, які вивчають матеріали та речовини залежно від природи і функціонального призначення досліджуваних об'єктів. Видається, належність об'єкта до живої чи неживої природи, що, як правило, є головним у визначенні завдань і методології його криміналістич-

ного дослідження, можна встановити як додаткову ознаку диференціації відповідних криміналістичних напрямів. Технології криміналістичного дослідження об'єктів біологічного походження базуються насамперед на застосуванні методів біології та біохімії, а об'єктів неживої природи – аналітичної хімії. Умовність такого розподілу є очевидною, адже методи фізики, хімії та інших наук, у тому числі комплексні, широко застосовуються в обох вищевказаних сферах, а така підстава диференціації галузі криміналістичної техніки визначається насамперед з урахуванням традицій криміналістичної науки.

Якщо звернутись до зарубіжних підходів щодо місця досліджень речовин і матеріалів у системі криміналістичної техніки, можна побачити неоднозначність цієї проблеми. Наприклад, у країнах класичного права ці питання зараховано до системи судової науки (Forensic Science). У відповідних посібниках особливості криміналістичного аналізу ґрунту, фарби, скла, волокон, волосся розглядаються як окремі розділи, які разом з іншими об'єктами криміналістичного дослідження (слідами рук, взуття, транспортних засобів тощо) називають речовими доказами («Evidence») [13, с. 41–272]. Речові докази, які виникли внаслідок перенесення невеликих кількостей матеріалів, у тому числі волокна текстилю, частинки фарби тощо, зараховують до категорії «Trace evidence» [14, с. 257]. Дослідження сильнодіючих шкідливих речовин, якими можуть зловживати люди (наркотики, алкоголь тощо), виділяють у самостійний розділ [15, с. 176–198]. Своєю чергою в німецькомовних джерелах у структурі криміналістичної техніки виокремлено розділ криміналістична хімія (kriminalistische Chemie), який включає дослідження речовин, у тому числі наркотиків [16, с. 8]. Отже, виокремлення хімічного напрямку криміналістичного дослідження речовин і матеріалів, які не належать до об'єктів вивчення інших розділів криміналістичної техніки, є поширеним підходом, що застосовується в спеціальній літературі.

В Україні, як зазначалось нами вище, з середини ХХ ст. сформовано окремий рід судових експертиз – криміналістичну експертизу матеріалів, речовин та виробів. Нині до її різновидів зараховано дослідження «лакофарбових матеріалів і покрить; полімерних матеріалів; волокнистих матеріалів; нафтопродуктів і пально-мастильних матеріалів; скла, кераміки; наркотичних засобів, психотропних речовин, їх аналогів та прекурсорів; спиртотмісних сумішей; ґрунтів; металів і сплавів та виробів з них; наявності шкідливих речовин (пестицидів) у навколишньому середовищі; речовин хімічних виробництв та спеціальних хімічних речовин; харчових продуктів; сильнодіючих і отруйних речовин» [17, п. 1.2.1]. Цей перелік є визна-

чальним щодо кола відповідних об'єктів дослідження, хоча, наприклад, у системі Експертної служби МВС України у визначенні експертних спеціальностей додатково виокремлено також дослідження спеціальних хімічних речовин, сильнодіючих і отруйних лікарських засобів, провідників з ознаками короткого замикання та причини руйнування виробів із металів та сплавів [18]. Така градація зумовлена специфікою завдань, що покладаються на судово-експертні установи зазначеного відомства, але, на нашу думку, не вимагає розширення основного кола об'єктів, що досліджуються у відповідному розділі криміналістичної техніки.

Ми погоджуємось із науковцями, котрі обґрунтовують саме криміналістичну природу зазначеного роду судової експертизи, зазначивши, що її предметом є фактичні дані, які встановлюються на основі розроблених у криміналістиці теоретичних і методологічних засад дослідження речових доказів [19, с. 8]. Цей вид криміналістичного дослідження не має обмежуватись питаннями експертизи. Вагоме значення мають також прийоми та методи виявлення, вилучення та попереднього дослідження різних речовин і предметів, виявлених на місці події та під час інших слідчих (розшукових) дій.

Висновки. Криміналістичне дослідження матеріалів, речовин і виробів є традиційним розділом криміналістичної техніки, який динамічно розвивається ще з часів формування криміналістики як науки. Зарахування його до числа нетрадиційних або новітніх у криміналістиці є неточним і зумовлено відставанням природничо-технічного напрямку, що має місце як наслідок помилок радянського періоду.

Ця складова частина криміналістичної науки вивчає засоби і методи виявлення, вилучення та експертного дослідження різноманітних матеріалів, речовин та виробів, які не є об'єктами вивчення інших розділів криміналістичної техніки, із метою вирішення завдань, що виникають у зв'язку з розкриттям та розслідуванням кримінальних правопорушень. Найбільш поширеними об'єктами цього виду криміналістичних досліджень є ґрунти, лакофарбові матеріали, скло, кераміка та полімери, волокна, нафтопродукти, спирти, метали і сплави, харчові продукти, наркотики та інші хімічні речовини. Залежно від об'єктів дослідження побудовано внутрішню структуру цього розділу криміналістичної техніки.

Розвиток теоретичних уявлень про сутність і зміст криміналістичного дослідження матеріалів, речовин і виробів у структурі криміналістичної техніки, а також вдосконалення методології дослідження відповідних об'єктів є вагомими напрямками подальших наукових пошуків.

ЛІТЕРАТУРА

1. Гросс Г. Руководство для судебных следователей как система криминалистики. Новое изд., перепечат. с изд. 1908 г. Москва : ЛексЭст, 2002. 1088 с.
2. Рейсс Р.А. Научная техника расследования преступлений : курс лекций. Санкт-Петербург : Сенат. тип., 1912. 178 с.
3. Локар Э. Руководство по криминалистике. Москва : Изд-во НКЮ СССР, 1941. 545 с.
4. Якимов И.Н. Криминалистика. Руководство по уголовной технике и тактике. Новое изд., перепеч. с изд. 1925 г. Москва : ЛексЭст, 2003. 496 с.
5. Криминалистика. Кн. 1 Техника и тактика расследования преступлений : учебник / под ред. А.Я. Вышинского. Москва : Гос. изд-во «Советское законодательство», 1935. 285 с.
6. Горский М.В. Зарождение криминалистики в России в XIX веке. *Вестник ВГУ. Серия: Право*. 2018. № 3. С. 320–335.
7. Степанов А. Судебная химия и открытие профессиональных ядов. 2-е изд., перераб. Москва : Медгиз, 1939. 296 с.
8. Митричев В.С., Хрусталева В.Н. Основы криминалистического исследования материалов, веществ и изделий из них. Санкт-Петербург : Питер, 2003. 591 с.
9. Советская криминалистика. Теоретические проблемы / Селиванов Н.А., Танасевич В.Г., Эйман А.А., Якубович Н.А. Москва : Юрид. лит., 1978. 192 с.
10. Винберг А.И., Малаховская Н.Т. Судебная экспертология (Общетеоретические и методологические проблемы судебных экспертиз) : учебное пособие. Волгоград : НИИРИО ВСШ МВД СССР, 1979. 183 с.
11. Криминалистическое исследование материалов, веществ и изделий : учебное пособие / Э.В. Сысоев, А.В. Селезнев, Е.В. Бурцева, И.П. Рак. Тамбов : Изд-во Тамб. гос. техн. ун-та, 2007. 84 с.
12. Криміналістика : підручник / В.В. Пясковський та ін. Київ : «Центр учбової літератури», 2015. 544 с.
13. Kiely Terrence F. Forensic evidence : science and the criminal law. 2nd ed. Boca Raton : CRC Press Taylor & Francis Group, 2006. 515 p.
14. Brenner John C. Forensic science : an illustrated dictionary. Illinois : CRC Press LLC, 2004. 273 p.
15. Karagiozis M., Sgaglio R. Forensic investigation handbook : an introduction to the collection, preservation, analysis and presentation of evidence. Springfield, Illinois : Charles C Thomas Publisher Ltd, 2005. 387 p.

16. Steiner U. Kriminalistik / Kriminaltechnik : Skriptum. Einführung in die Kriminalistik. Fachhochschule der Polizei des Landes Brandenburg Ausbildungsgang mittlerer Polizeivollzugsdienst. Stand: 16. November 2012. 14 p.
17. Інструкція про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень : затв. Наказом Міністерства юстиції України 8 жовт. 1998 р. № 53/5 (у редакції наказу Міністерства юстиції України від 26 груд. 2012 р. № 1950/5). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0705-98> (дата звернення: 10.04.2021).
18. Положення про Експертно-кваліфікаційну комісію МВС та порядок проведення атестації судових експертів Експертної служби МВС : затв. Наказом МВС України від 21 верес. 2020 р. № 675. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0022-21#n2> (дата звернення: 10.04.2021).
19. Кофанов А.В., Кобилянський О.Л., Давидова О.О. Загальні засади проведення криміналістичного дослідження матеріалів, речовин та виробів : методичні рекомендації. Київ : КИЙ, 2011. 48 с.

МІЖНАРОДНЕ СПІВРОБІТНИЦТВО ПІД ЧАС ЗАПОБІГАННЯ ТА ПРОТИДІЇ ЛЕГАЛІЗАЦІЇ ДОХОДІВ ЗЛОЧИННОГО ПОХОДЖЕННЯ

INTERNATIONAL COOPERATION DURING PREVENTION AND COMBATING OF LEGALIZATION OF INCOME OF CRIMINAL ORIGIN

Фрідман-Козаченко М.М., к.ю.н.,
доцент кафедри кримінального процесу та криміналістики
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

Короткова Є.О., студентка V курсу
Навчально-науковий інститут права
Університету державної фіскальної служби України

У період глобалізації проблема отримання й «обороту грошових коштів, отриманих злочинним шляхом, носить масштабний характер, адже незаконні джерела фінансування і доходів стосуються не лише однієї конкретної країни, а всього світового співтовариства. З урахуванням того, що відстежити шляхи отримання таких грошей досить складно, виникає потреба в консолідації зусиль країн, які зацікавлені у припиненні поширення фінансової злочинності. Нелегальний продаж зброї, діяльність організованих злочинних угруповань з продажу наркотиків та проституції приносять великі гроші, але оскільки процес відмивання «брудних грошей» за своєю природою виходить за рамки економічної статистики, то розглянути масштаб такої проблеми непросто. Однак за останніми підрахунками ООН орієнтовна сума злочинних доходів, що відмиваються, щороку становить від 2 до 5 відсотків світового ВВП. Актуальність теми зумовлена ростом числа злочинних організацій і проведених ними шахрайських операцій, а також необхідністю більш тісної міжнародної співпраці в рамках боротьби з відмиванням злочинних доходів. У зв'язку з високою небезпекою такого виду злочину для економічних, фінансових, соціальних і політичних інститутів держав і регіонів, вивчення та аналіз вироблених заходів і норм стає одним з найважливіших завдань світової спільноти. Легалізація (відмивання) грошових коштів, отриманих злочинним шляхом, неминуче веде до зростання злочинності і корупції в планетарному масштабі. З огляду на те, що ефективність співпраці між різними органами, діяльність яких спрямована на боротьбу з відмиванням грошей, залежить від багатьох факторів: державно-політичного устрою, банківської сфери, рівня корупції, соціально-економічного розвитку окремих держав, у процесі міжнародного співробітництва відбувається уніфікація специфіки і створення узгоджених підходів до вирішення такої проблеми. Завдяки цьому розвивається співпраця не тільки на урядовому рівні, а й на рівні спецслужб, правоохоронних органів, служб фінансової розвідки та фінансових структур, що дозволяє більш ефективно боротися з відмиванням злочинних доходів.

Мета цієї статті полягає у визначенні та вивченні міжнародних засобів у боротьбі з відмиванням злочинних доходів, а також в оцінці ефективності міжнародного співробітництва у вирішенні такої проблеми.

Ключові слова: легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, ФАТФ, злочинні доходи, COVID-19.

In the period of globalization, the problem of obtaining and "trafficking in criminally obtained money" is large-scale, as illegal sources of funding and income concern not only one country but the entire world community. Given that it is difficult to trace the means of obtaining such money, there is a need to consolidate the efforts of countries that are interested in stopping the spread of financial crime. Illegal arms sales, the activities of organized criminal groups selling drugs and prostitution bring in a lot of money, but since the process of money laundering is inherently beyond economic statistics, it is not easy to consider the scale of the problem. However, according to the latest UN estimates, the estimated amount of money laundered is 2 to 5 percent of world GDP each year. The urgency of the topic is due to the growing number of criminal organizations and their fraudulent operations, as well as the need for closer international cooperation in the fight against money laundering. Due to the high danger of this type of crime for economic, financial, social, and political institutions of states and regions, the study and analysis of measures and norms become one of the most important tasks of the world community. Legalization (laundering) of criminally obtained money inevitably leads to an increase in crime and corruption on a global scale. Given that the effectiveness of cooperation between different bodies whose activities are aimed at combating money laundering depends on many factors: the state political system, banking, corruption, socio-economic development of individual states, in the process of international cooperation is the unification of specifics and creating coherent approaches to solving this problem. Due to this, cooperation is developing not only at the governmental level but also at the level of special services, law enforcement agencies, financial intelligence services, and financial structures, which allows combating money laundering more effectively.

The purpose of this article is to identify and study international means in the fight against money laundering, as well as to assess the effectiveness of international cooperation in solving this problem.

Key words: legalization (laundering) of income, Financial Action Task Force (FATF), criminal proceeds, COVID-19.

Вступ. Натепер одним з пріоритетних напрямів національної політики України є об'єднання зусиль вітчизняних правоохоронних органів з відповідними органами зарубіжних країн та спеціалізованими міжнародними установами з метою проведення послідовних заходів щодо розслідування злочинів, у тому числі пов'язаних з легалізацією коштів та іншого майна, здобутого злочинним шляхом.

За останніми підрахунками ООН, орієнтовна сума злочинних доходів, що відмиваються, щороку становить від 2 до 5 відсотків світового ВВП, або від 1,6 до 4 трильйонів доларів на рік [1]. Не можна оминути й того факту, що пандемія COVID-19 дала поштовх для винайдення нових способів відмивання грошей, прискорила обсяги цифрових транзакцій. Ніхто не міг навіть уявити, що на цьому етапі розвитку суспільства і всіх сфер життєдіяльності людства на початку 2020 року майже весь світ піде на такий крок,

як абсолютне зупинення функціонування бізнесу. Повний lockdown і ризики, які за цим слідують, вимагають докладання більших зусиль у боротьбі по запобіганню злочинній діяльності.

Виклад основного матеріалу. Легалізація (відмивання) доходів визнана злочином міжнародного характеру. Традиційно вважається, що саме поняття «легалізація» (відмивання) виникло у США в 20-их роках XX століття і пов'язане з діяльністю відомого чиказького гангстера Альфонса Капоне. У 1920 році у США набула чинності 18-а поправка до Конституції США, яка фактично була уособленням «сухого закону». Так, Розділ 1 поправки встановлював, що: «Через один рік після ратифікації цієї статті будуть заборонені у Сполучених Штатах і на всіх територіях, підпорядкованих їх юрисдикції, виробництво, продаж та перевезення п'яних напоїв з метою споживання».

вання їх; заборонено також ввезення таких напоїв у Сполучені Штати і території, підпорядковані їх юрисдикції, так само як і вивезення таких (ратифіковано 16 січня 1919 р.)» [2].

Запровадження цього закону було негативно сприйняте з боку середнього класу, що потягло за собою неминуче поширення підпільного виробництва алкогольних напоїв та їх контрабанду. Внаслідок чого актуальним постало питання введення доходів, отриманих від незаконної діяльності, в законний оборот. З цією метою Аль Капоне було відкрито мережу пралень самообслуговування, отримані доходи від роботи яких змішувалися з прибутком від бутлегерства. Таким чином і здійснювалося «відмивання брудних грошей».

Нині у законодавстві деяких країн під визначення «брудні гроші» потрапляють всі доходи, отримання яких супроводжується будь-яким порушенням кримінального права; в деяких – тільки доходи, отримані в результаті тяжких кримінальних правопорушень; в третій країнах – навіть доходи, пов'язані з порушеннями цивільного та адміністративного права. У низці країн під таку категорію підпадають також доходи, отримані внаслідок корупції.

Так, наприклад, у Бельгії відповідно до Закону від 11 січня 1993 року «Про запобігання використанню фінансової системи з метою відмивання капіталів» походження грошей або активів є незаконним, коли вони походять від злочину, пов'язаного з: тероризмом або фінансуванням тероризму; організованою злочинністю; незаконним обігом наркотиків; незаконним обігом зброї, товарів та послуг; торгівлею нелегальною робочою силою; торгівлею людьми; експлуатацією проституції; незаконним вживанням тваринами речовин, що мають гормональну дію, або незаконною торгівлею такими речовинами; незаконним обігом органів чи тканин людини; шахрайством проти фінансових інтересів Європейського Співтовариства; серйозним та організованим податковим шахрайством із застосуванням особливо складних механізмів або процесів міжнародного масштабу; розкраданням особами, які виконують державну функцію, та корупцією тощо [3].

У Польщі майно, придбане незаконним способом, може походити від будь-якого злочину, зазначеного в Кримінальному кодексі. Крім того, передбачається, що воно також охоплює фінансові (казначейські) злочини.

В Україні відповідно до Закону України «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення» під доходами, одержаними злочинним шляхом, передбачаються будь-які активи, одержані прямо чи опосередковано внаслідок вчинення злочину, зокрема валютні цінності, рухоме та нерухоме майно, майнові та немайнові права, незалежно від їх вартості. А легалізація (відмивання) таких доходів (відповідно до ст. 5 зазначеного Закону) являє собою будь-які дії, пов'язані із вчиненням фінансової операції чи правочину з активами, одержаними внаслідок скоєння злочину, а також вчиненням дій, спрямованих на приховання чи маскуванню незаконного походження таких активів чи володіння ними, прав на такі активи, джерел їх походження, місцезнаходження, переміщення, зміну їх форми (перетворення), а так само набуттям, володінням або використанням активів, одержаних внаслідок скоєння злочину [4].

Нині легалізація (відмивання) доходів, отриманих злочинним шляхом, носить транснаціональний характер. З огляду на це світовим співтовариством було розроблено низку основоположних нормативних документів, спрямованих на попередження злочинів такого виду.

Уперше практичні рекомендації в цьому напрямі були закріплені Базельським Комітетом з питань банківського нагляду у грудні 1988 р. декларцією «Про запобігання використанню банківської системи з метою легалізації

(відмивання) грошей, отриманих злочинним шляхом», де були визначені основні засади запобігання розглядуваному злочину в банківській сфері.

Того ж року у Відні була прийнята Конвенція ООН «Про боротьбу проти незаконного обігу наркотичних засобів і психотропних речовин», яка закріпила зобов'язання криміналізації «відмивання» доходів, отриманих злочинними методами.

У Конвенції Ради Європи «Про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом», прийнятій у Страсбурзі 8 листопада 1990 р., відзначається, що «позбавлення злочинців доходів, одержаних злочинним шляхом, є одним із сучасних і ефективних методів боротьби з такими злочинами на міжнародному рівні» [5]. Україна ратифікувала цю Конвенцію в грудні 1997 року.

Конвенція базується на основних принципах міжнародного співробітництва та регулює три основні блоки питань:

- зближення кримінально-правової оцінки легалізації (відмивання) грошових коштів у законодавстві держав-учасниць;
- зближення національних заходів, спрямованих на боротьбу з легалізацією (відмиванням) грошових коштів;
- форми і процедури міжнародного співробітництва у боротьбі з легалізацією (відмиванням) грошових коштів.

Також з метою здійснення координованих заходів із боротьби з відмиванням грошей на міжнародному та національному рівнях у липні 1989 року було засновано Групу з розробки фінансових заходів із боротьби з відмиванням грошей (Financial Action Task Force – FATF). Відповідно до Мандату ФАТФ країни-члени організації зобов'язуються схвалити та повністю впровадити рекомендації ФАТФ щодо боротьби з відмиванням грошей та фінансуванням тероризму, використовуючи керівництво та іншу політику, затверджену ФАТФ [6].

Україна виконує рекомендації ФАТФ, у країні створена та діє Державна служба фінансового моніторингу України (Держфінмоніторинг), якою вживаються посилені заходи практичного характеру щодо протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення. Так, «у 2020 році Держфінмоніторингом до правоохоронних органів направлено

1 036 матеріалів (з них 607 узагальнених матеріалів та 429 додаткових узагальнених матеріалів)», – йдеться в повідомленні пресслужби Держфінмоніторингу [7].

Комітет експертів Ради Європи з оцінки заходів боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму (MONEYVAL) 28 серпня 2020 року оприлюднив схвалений 2-й звіт про прогрес України в рамках 5-го раунду оцінок у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, та фінансуванню тероризму (ПВК/ФТ). Звіт демонструє позитивну динаміку України в процесі наближення національного законодавства у сфері ПВК/ФТ до міжнародних стандартів [8].

Міжнародне співробітництво у сфері запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів здійснюється за принципом взаємності відповідно до Закону «Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення», міжнародних договорів України, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, інших нормативно-правових актів [4]. Так, уже підписано Меморандуми про взаєморозуміння між Державною службою фінансового моніторингу України та уповноваженими органами: Сполученого Королівства Великої Британії та Північної Ірландії, Королівства Нідерландів, Республіки Словенія та ін.

У документі ФАТФ про ризики відмивання грошей і фінансування тероризму та відповідні заходи у політиці, пов'язані з COVID-19, міститься обширний огляд злочинів, пов'язаних з отриманням доходів під час пандемії COVID-19. Найбільш поширені з них – злочини, пов'язані з шахрайством і кіберзлочинністю [9]. Певні типології і тренди поведінки злочинців, викликані пандемією, ще не досить вивчені. Водночас контролюючі органи вже мають уявлення про індикатори дій злочинців і працюють над їх систематизацією.

Висновки. Інтеграція України в міжнародні та європейські правові та економічні процеси визначила необхідність приведення нею своїх національних стандартів у відповідність до міжнародних вимог у цих сферах. В умовах

зростання організованої злочинності (міжрегіональної, міжнаціональної, міжнародної), особливо в економічній сфері, першорядне значення набуває вдосконалення кримінально-процесуальної теорії, слідчої, оперативно-розшукової та судової практики за одним з ключових напрямів діяльності правозастосовних органів – протидії легалізації (відмиванню) грошових коштів або іншого майна, одержаних злочинним шляхом.

В Україні сформувалась чітка позиція щодо необхідності виконання заходів із запобігання та протидії легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, або фінансуванню тероризму, про що свідчить процес адаптації національного законодавства у цій галузі до міжнародних стандартів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Finance & development, December 2018, Vol. 55, No. 4. URL: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/2018/12/imf-anti-money-laundering-and-economic-stability-straight.htm> (дата звернення: 18.03.02021).
2. Конституція Сполучених Штатів Америки. URL: <https://nashepravo.org.ua/uk/usa-constitution/> (дата звернення: 20.03.02021).
3. Wet van 11 januari 1993 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld en de financiering van terrorisme. URL: https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg_2.pl?language=nl&nm=1993903046&la=N (дата звернення: 20.03.2021).
4. Про запобігання та протидію легалізації (відмиванню) доходів, одержаних злочинним шляхом, фінансуванню тероризму та фінансуванню розповсюдження зброї масового знищення : Закон України від 06.12.2019 № 361-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/361-20#top> (дата звернення: 20.03.02021).
5. Конвенція про відмивання, пошук, арешт та конфіскацію доходів, одержаних злочинним шляхом. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_029#Text (дата звернення: 20.03.02021).
6. FINANCIAL ACTION TASK FORCE. MANDATE. URL: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/content/images/FATF-Ministerial-Declaration-Mandate.pdf> (дата звернення: 20.03.02021).
7. У 2020 році Держфінмоніторинг виявив незаконних операцій на 76 мільярдів. *Економічна правда*. 2021. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2021/01/25/670323/> (дата звернення: 20.03.02021).
8. Україна покращила міжнародні позиції у сфері протидії відмиванню коштів та фінансуванню тероризму. URL: https://mof.gov.ua/uk/news/ukraina_pokrashchila_mizhnarodni_pozitsii_u_sferi_protidii_vidmivanniu_koshtiv_ta_finansuvanniu_terorizmu-2375 (дата звернення: 20.03.02021).
9. Financial Action Task Force – Annual Report 2019–2020, FATF/OECD. Paris. URL: www.fatf-gafi.org/publications/fatfgeneral/documents/annual-report-2019-2020.html (дата звернення: 20.03.02021).

**ОСОБЛИВОСТІ ТАКТИКИ ДОПИТУ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВОПОРУШЕННІ
З ВИКОРИСТАННЯМ ЕЛЕКТРОННИХ ПЛАТІЖНИХ ЗАСОБІВ І СИСТЕМ****FEATURES OF INTERROGATION TACTICS IN A CRIMINAL OFFENSE USING
ELECTRONIC PAYMENT EQUIPMENT AND SYSTEMS****Чабаненко Ю.С., асистент кафедри кримінально-правових дисциплін***Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»***Лескова-Годлевська Ю.К., викладач***Криворізький юридичний фаховий коледж
Національного університету «Одеська юридична академія»***Потурайко С.О., студентка IV курсу***Криворізький факультет
Національного університету «Одеська юридична академія»*

Стаття присвячена висвітленню актуальних питань тактики допиту підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем.

Популярність електронних платіжних систем викликана об'єктивними причинами, а саме значною кількістю переваг порівняно з традиційними розрахунками: швидкість, зручність здійснення, контрольованість. Однак з цих же причин платіжні системи активно використовуються для здійснення різних злочинів, насамперед проти власності, а також у сфері економічної діяльності.

Допит є одним з найважливіших елементів комплексу першочергових слідчих (розшукових) дій, які проводяться на початковому етапі розслідування будь-якого злочину, в т.ч. і розслідування кримінальних правопорушень, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем. З позиції закону це регламентований кримінально-процесуальним законом процес спілкування між особами, які беруть участь у розслідуванні, спрямований на отримання інформації про відомі допитуваному факти, що мають значення для встановлення істини у справі. Незважаючи на той факт, що тактика допиту є самостійним та усталеним підрозділом криміналістичної тактики, має сформований понятійний апарат, класифікатори, порядок підготовки та проведення допиту, розслідування кримінальних правопорушень, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем, має низку особливостей, що накладає відбиток на процес проведення всіх слідчих (розшукових) дій, включаючи допит. До таких особливостей віднесено: особливості допиту членів злочинного угруповання; особливості залучення до допиту фахівця і безпосередньо допит самого фахівця.

Предметом допиту у розглянутій нами категорії справ є: обставини, пов'язані із самою подією злочину (час, місце, спосіб, наслідки і т. д.); обставини, що підтверджують або спростовують винність конкретних осіб і мотиви їхніх дій, що впливають на ступінь і характер відповідальності підозрюваного; обставини, що належать до характеру і розміру шкоди, завданої злочинцем і т. п. Але специфіка кримінальних правопорушень у сфері електронних платіжних засобів вимагає доповнення такого переліку більш конструктивними даними, а саме: з'ясування питань, що стосуються технічних аспектів підготовки і реалізації злочинних намірів; відомостей про потерпілу сторону, порядок проведення електронних розрахункових операцій, технічні і конструктивні особливості комп'ютерної системи, яка піддавалася впливу, засоби комп'ютерної техніки, які використовувалися злочинцем під час скоєння злочину, та ін.

Ключові слова: кримінальне правопорушення з використанням електронних платіжних засобів і систем, допит, тактика допиту, підозрюваний, початковий етап розслідування, першочергові слідчі (розшукові) дії.

The article is devoted to the coverage of topical issues of interrogation tactics of suspects in criminal offenses committed with the use of electronic means of payment and systems.

The popularity of electronic payment systems is due to objective reasons, namely a significant number of advantages over traditional calculations: speed, ease of implementation, controllability. However, for the same reasons, payment systems are actively used in committing various crimes, primarily against property, as well as in the field of economic activity.

Interrogation is one of the most important elements of a set of priority investigative (search) actions carried out at the initial stage of the investigation of any crime, including the investigation of criminal offenses committed using electronic means of payment and systems. From the standpoint of the law, it is regulated by the criminal procedure law process of communication between persons involved in the investigation, aimed at obtaining information about the facts known to the interrogated, which are important for establishing the truth in the case. Despite the fact that the tactics of interrogation is an independent and well-established unit of forensic tactics, has formed a conceptual apparatus, classifiers, the procedure for preparing and conducting interrogation, investigation of criminal offenses committed using electronic means of payment and systems, has a number of features the process of conducting all investigative (search) actions, including interrogation. Such features include: features of interrogation of members of a criminal group; features of involvement in interrogation of the expert and directly interrogation of the expert.

The subject of interrogation in the category of cases considered by us are: circumstances related to the event of the crime (time, place, method, consequences, etc.); circumstances confirming or refuting the guilt of specific persons and the motives of their actions that affect the degree and nature of the suspect's liability; circumstances relating to the nature and extent of the damage caused by the crime, etc. But the specifics of criminal offenses in the field of electronic means of payment requires supplementing this list with more constructive data, namely: clarification of issues related to technical aspects of preparation and implementation of criminal intentions; information about the injured party, the procedure for conducting electronic settlement operations, technical and design features of the computer system that was exposed, the means of computer equipment used by the offender in committing the crime, etc.

Key words: criminal offense using electronic means of payment and systems, interrogation, interrogation tactics, suspect, initial stage of investigation, priority investigative (search) actions.

Актуальність теми. Повсюдне впровадження електронних платіжних систем і засобів нині є найважливішою тенденцією розвитку технології безготівкових розрахунків у банківській діяльності. Для пересічних клієнтів це – надійність, зручність, практичність, економія часу,

відсутність необхідності носити при собі значні суми готівки. Для різних організацій це – підвищення конкурентоспроможності та престижу, наявність гарантій платежу, зниження витрат на виготовлення, облік та обробку паперово-грошової маси, мінімальні тимчасові витрати

й економія живої праці. Електронні платіжні системи та засоби як фінансовий інструмент постійно вдосконалюються, розширюється сфера їх застосування, збільшується набір послуг, які надаються з їхньою допомогою. Однак як всякий високоприбутковий бізнес, особливо у сфері грошового обігу, вони давно стали мішенню для злочинних посягань. При цьому розширення спектра послуг, що надаються у сфері безготівкової системи розрахунків, неминуче призвело до змін і у структурі злочинності.

Будь-який з компонентів системи електронних платежів потенційно має вразливості, викликані як помилками в налаштуванні систем, невмінням або небажанням використовувати більш безпечні технології та протоколи, так і помилками в реалізації механізмів захисту. У результаті шахраї можуть використовувати ці слабкі місця для отримання контролю над об'єктами систем електронних платежів. Основними об'єктами «інтересу» шахраїв стають платіжні термінали, сервери учасників платіжних систем – операторів і агентів, шлюзи у суміжні платіжні системи – банківські, системи електронних грошей, грошових переказів тощо.

Розслідування зазначеного виду злочинів можна віднести до категорії складних, що вимагають комплексного підходу. Досить часто причиною низької якості розслідування такого виду злочинів є помилки правозастосування, недостатня професійна підготовка слідчих з розслідування злочинів зазначеного виду, в тому числі в процесі проведення слідчих (розшукових) дій, зокрема допиту. Така ситуація зумовлена такими факторами: адаптацією злочинців до оновлення і ускладнення механізму функціонування безготівкової форми розрахунків; винаходом нових форм маскування злочинів; вмілим використанням у злочинній діяльності технічних інновацій. Усе це зумовлює виникнення серйозних проблем, з якими стикаються правоохоронні органи під час розслідування такого виду злочинів.

Стан дослідження. Проблемам тактики проведення допиту свої роботи присвятили такі вчені, як: Ю.П. Аленін, В.П. Бахін, Ю.М. Грошевий, Т.М. Домбровольська, В.А. Журавель, О.В. Капліна, В.О. Лазарева, О.В. Победкін, О.Р. Ратінов, В.В. Романюк, О.Б. Соловйов, С.В. Тетюєв, В.Ю. Шепітько, М.Є. Шумило, Б.І. Хасан та інші. Основні з них нині здобули характер загально-визнаних тактичних прийомів. Однак, на нашу думку, для розслідування кримінальних правопорушень, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем, наявності та використання тільки загальних рекомендацій, що стосуються тактики проведення допиту, не досить.

Мета статті. У зв'язку з цим метою статті є необхідність проведення комплексного дослідження особливостей тактики допиту підозрюваних у вчиненні кримінальних правопорушень, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем.

Виклад основного матеріалу. У слідчій практиці протидії суспільно небезпечним діянням найпоширенішим способом отримання відомостей є допит. Згідно зі ст. 224 КПК України, допит – це слідча (розшукова) дія, яка проводиться уповноваженою особою у встановленому законом порядку і спрямована на отримання в усній або письмовій формі від свідка, потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого, експерта відомостей щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення для цього кримінального провадження [1]. Допит є одним з найважливіших елементів комплексу першочергових слідчих (розшукових) дій, які проводяться на початковому етапі розслідування будь-якого злочину, в т. ч. і розслідування кримінальних правопорушень з використанням електронних платіжних засобів і систем.

Носієм значної кількості інформації, що має істотне значення для розслідування, є підозрюваний. Готуючись до проведення допиту цієї процесуальної особи, слідчий повинен визначити: предмет допиту; докази і матеріали,

які можуть бути використані для його викриття; послідовність проведення допитів за наявності декількох підозрюваних; сформулювати питання і визначити їх порядок і послідовність.

Предмет допиту визначається обставинами, що підлягають доведенню і передбачуваним ступенем обізнаності в них допитуваної особи [2]. Предметом допиту у розглянутій нами категорії кримінальних правопорушень є: обставини, пов'язані із самою подією злочину (час, місце, спосіб, наслідки і т. д.); обставини, що підтверджують або спростовують винність конкретних осіб і мотиви їхніх дій, що впливають на ступінь і характер відповідальності підозрюваного; обставини, що стосуються характеру і розміру шкоди, завданої злочинцем, і т. п. Але специфіка злочинів вимагає доповнення такого переліку більш конструктивними даними, а саме: з'ясуванням питань, що стосуються технічних аспектів підготовки та реалізації злочинних намірів; відомостей про потерпілу сторону, порядок проведення електронних розрахункових операцій, технічні і конструктивні особливості комп'ютерної системи, яка піддавалася впливу, засоби комп'ютерної техніки, які використовувалися злочинцем під час скоєння злочину, та ін.

Розслідування злочинів, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем, має низку особливостей, що накладає відбиток на процес проведення всіх слідчих (розшукових) дій, включаючи допит. До таких особливостей можна віднести: особливості допиту членів злочинного угруповання (позаяк часто у схему скоєння злочину залучені кілька осіб, чия діяльність чітко розмежована: збір інформації про електронні гаманці, злом гаманців, переведення в готівку грошей і т. д.); особливості залучення до допиту фахівця і безпосередньо допит самого фахівця.

Відмінною рисою тактики підготовчого етапу допиту під час розслідування злочинів, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем, є рекомендація щодо залучення фахівця для консультацій із постановки питань перед допитуваними особами. Для цього слідчому необхідно зібрати якомога більше інформації про роботу самої електронної платіжної системи, способи захисту «грошових» переказів, функціонування електронних гаманців, розуміти рівень знань усіх передбачуваних або встановлених учасників таких транзакцій. З цією метою і необхідні консультації з фахівцями або експертами. Слідчий повинен встановити передбачувану обізнаність допитуваних осіб про обставини справи і визначити їх місце і становище в злочинній групі [3].

Натепер у слідчого є великі можливості з використання даних з мережі Інтернет для збору інформації про осіб [4]. Загалом у Інтернеті слідчий може встановити коло знайомих підозрюваної особи за фото та історіями (короткі відеозаписи), встановити час і місце знаходження різних осіб, визначити сферу діяльності та інше. Це необхідно для збору додаткової інформації про допитуваних осіб. Наприклад, допитувана особа дає свідчення про те, що у неї немає навичок роботи з комп'ютером, вона не вміє ним навіть користуватися, а слідчий, попередньо вивчивши її профіль у соціальних мережах: частоту користування, періодичність постів, може припустити, що особа дає неправдиві свідчення. З урахуванням усіх перерахованих особливостей необхідно складати детальний план допиту.

Як було сказано вище, тактика допиту буде відрізнятися залежно від суб'єкта, який підлягає допиту: свідок, потерпілий, підозрюваний/обвинувачений.

Розглянемо особливості допиту кожного суб'єкта. Як свідок можуть бути допитані працівники платіжної системи, оператори зв'язку та інші учасники, які опосередковано через посадові обов'язки беруть участь у переказі електронних платіжних систем або обслуговують платіжні системи. Крім цього, як свідки можуть бути допитані знайомі потерпі-

лої особи, які можуть підтвердити факт наявності у потерпілого електронного гаманця і готівки на ньому.

Під час допиту свідків, як правило, з'ясовуються такі питання: за яких обставин свідок спостерігав злочинців (процес скоєння злочину); яку роль виконував кожен із співучасників злочину; чи знає свідок, яку мету переслідував обвинувачений [5]. Оскільки йдеться про злочини, що здійснюються з використанням електронних платіжних систем, і момент списання електронної готівки з рахунків зазвичай відбувається в платіжній системі, його неможливо відстежити. У зв'язку з цим такі питання не завжди можуть бути інформативними. У свідків під час допиту необхідно з'ясувати всі обставини у справі, які їм відомі: наприклад:

- в який час і з якої адреси був запит про вхід у систему;
- чи є система охорони;
- чи були помилки під час введення пароля;
- чи мали місце подібні прояви раніше і т.д.

У такому виді злочинів не завжди першою слідчою (розшуковою) дією є огляд місця події (як під час розслідування інших категорій справ [6, с. 177–178]). Як правило, розслідування починається саме з допиту потерпілого, в ході якого встановлюються обставини скоєного злочину. Потерпілими у таких злочинах можуть бути: особа, власник електронного гаманця або електронної готівки; або власник самої платіжної системи (якщо злочин спрямований проти роботи платіжної системи). Допит потерпілого спрямований на встановлення обставин справи (час скоєння, сума збитку, спосіб здійснення і т.д.). У ході допиту слідчий ставить питання в т.ч. щодо того, хто, як і коли дізнався про скоєний злочин.

Окремого розгляду заслуговує допит підозрюваних, обвинувачених. Оскільки тактика допиту цих суб'єктів схожа, розглянемо особливості і щодо підозрюваних, і обвинувачених. Як правило, розглядувані злочини скоюються групою осіб, отже, необхідно не тільки отримати доступ до електронних гаманців (за допомогою апаратних засобів або шляхом «вивідування» логінів і паролів), але і вивести електронні гроші з платіжної системи, тобто перевести їх у готівку.

З огляду на інформаційні дані підрозділів кіберполіції України, В.Д. Никифорчук виокремлює таких осіб злочинної групи, як [7, с. 71]:

- аналітик (вивчає ЕРС і їх недоліки, виявляє уразливості платіжних систем);
- програміст (готує програмне забезпечення на замовлення аналітика);
- тестер (перевіряє створене програмістом програмне забезпечення, апробовує його);
- користувач технології (особа набуває програмне забезпечення для розкрадання електронних платежів як з електронних гаманців, так і безпосередньо з електронних платіжних систем);
- організатор переведення в готівку (особа, що організовує виведення електронних платежів у готівковий і безготівковий оборот).

Під час підготовки допиту підозрюваного або обвинуваченого необхідно вивчити матеріали справи і особистості кожного з них з метою уточнення ролі і місця кожного з них. Слідчий повинен враховувати всі правила КПК України щодо проведення допитів підозрюваних і обвинувачуваних (як і будь-яких інших суб'єктів), і виключати порушення прав допитуваних осіб [1].

Під час допиту обвинувачуваних (підозрюваних), що входять у злочинні групи, можна використовувати такі тактичні прийоми [8, с. 153]: 1) спочатку допитувати того з них, стосовно кого є вагомі докази його приналежності до злочинного формування; 2) шукати серед обвинувачених (підозрюваних) слабку ланку; 3) використовувати конкретну слідчу ситуацію і пояснити допитуваному прагнення інших членів групи перекласти всю відповідальність на нього.

Обвинуваченим (підозрюваним) можуть бути поставлені питання, які можна класифікувати залежно від етапів процесу проникнення у електронні системи і розкрадання електронних платіжних засобів. Такі питання ставляться в опитувальних листах, по них можуть бути виявлені роль кожного члена угруповання, особливості поділу праці в ланцюжку злочинного діяння. Н.В. Оліндер пропонує виділяти чотири групи питань [8, с. 153]:

1) з підготовки та організації проникнення в платіжну систему. За цією групою можуть бути поставлені такі питання:

- кому належить ідея створення групи;
- хто фінансував заходи; хто і яким чином «замовив» виявити вразливість платіжної системи;
- у чому полягають обов'язки всіх членів груп;
- з ким із злочинної групи був знайомий допитуваний особисто, а з ким тільки за листуванням;
- ніки (унікальні мережеві імена), логіни, паролі та інше;
- випадково або спеціально виявлена уразливість платіжної системи.

2) за особливостями і способами виготовлення програмних продуктів. У цьому блоці можуть бути поставлені такі запитання:

- на якому обладнанні був виконаний програмний продукт;
- хто є замовником;
- на чому заснований програмний продукт;
- хто оплатив розробку програми;
- чи можна і якщо так, то яким чином ліквідували сліди використання програмного обладнання, і т.д.

3) за особливостями зняття і перекладу електронних платіжних систем з електронних гаманців і рахунків клієнта на рахунки злочинної групи або її окремих членів. У цій групі поставленими запитаннями можуть бути такі:

- де взяла програму особа, у якої її придбала;
- хто порадив скористатися програмою;
- як відбувалася настройка апаратних засобів;
- чи була, і якщо «так», то в чому полягала «система безпеки», що дозволяє уникнути відповідальності;
- які зміни були проведені в ПО в момент затримання або після нього, яким чином.

4) з переведення в готівку електронної готівки. У четв'ягій групі питань можна поставити:

- через які системи проходило переведення в готівку;
- хто розробив схему переведення в готівку;
- з якою періодичністю проходило переведення в готівку;
- з використанням яких ресурсів проходило переведення в готівку.

Таким чином, особливість тактики допиту підозрюваних або звинувачених у скоєнні злочинів з використанням електронних платіжних засобів полягає в тому, що поставлені питання повинні відображати специфіку дій і взаємин між окремими учасниками злочинної групи. У зв'язку з цим, приступаючи до допитів під час розслідування злочинів, скоєних з використанням електронних платіжних засобів і систем, слідчому необхідно насамперед визначитися щодо можливої ролі та необхідної інформованості у осіб, які потрапили в його поле зору.

У провадженнях такої категорії під час допиту обвинувачених з'ясовуються такі обставини:

- яким чином сталося проникнення в електронну платіжну систему (шляхом безпосереднього доступу) через комп'ютер (апаратний засіб) потерпілого або шляхом підключення по мережі;
- від кого і яким чином отримана інформація про електронні гаманці власника (-ів);
- яким чином був подоланий програмний і технічний захист електронної платіжної системи або конкретного електронного гаманця;

- чи була здійснена реєстрація електронних гаманців? Якщо «так», то яким чином;
- чи використовувалися при цьому будь-які документи, що посвідчують особу;
- кому передавалися відомості, отримані шляхом доступу до електронної платіжної системи або електронних гаманців;
- як здійснювалося знищення слідів незаконного втручання до електронних гаманців або електронної платіжної системи;
- як часто здійснювався доступ до електронних гаманців або електронної платіжної системи;
- чи відомі обвинуваченому особи, які займаються подібною діяльністю;
- чи входить у коло функціональних обов'язків обвинуваченого робота з інформацією про електронні гаманці або електронні платіжні системи і т.д.

Для визначення всього кола питань слідчому так само може знадобитися залучення фахівця для роз'яснення та грамотного складання питань. Це зумовлене такими факторами:

- по-перше, допит обвинуваченого, підозрюваного, потерпілого, свідка супроводжується вживанням цими особами великої кількості особливих та специфічної лексики, пов'язаної з використанням комп'ютерної техніки, інших апаратних засобів, а також дії самих платіжних систем, отже, необхідно залучення фахівця з комп'ютерної техніки, який може здійснити «якісний переклад» на процесуальну мову. Залучення фахівця з електронних розрахунків необхідне для уточнення інформації щодо порядку здійснення транзакцій з метою своєчасного виявлення неправдивої інформації;
- по-друге, наявні специфічні в технічному аспекті способи вчинення злочинів з використанням електронних платіжних засобів і систем, елементи яких з великою ймовірністю можуть обговорюватися в ході допиту, і для

кращого з'ясування таких схем необхідний фахівець, який може зрозуміти і пояснити ці схеми.

Висновки. Удосконалення проведення окремих слідчих (розшукових) дій з урахуванням специфіки особливостей указаних злочинів є важливою умовою підвищення ефективності всього розслідування. Особливо це стосується проблеми ефективності проведення допиту. Особливості тактики допиту під час розслідування злочинів, скоєних з використанням електронних платіжних систем, стосуються більшою мірою підготовчого етапу допиту. Під час допиту підозрюваних, обвинувачених необхідно враховувати груповий характер злочину і в ході допиту з'ясовувати роль і місце кожного учасника злочинної групи. Для постановки питань рекомендовано залучати осіб, що володіють спеціальними знаннями.

Незважаючи на те, що допит є найпоширенішою слідчою (розшуковою) дією по всіх категоріях злочинів, слідчому необхідно враховувати збільшену активність злочинних груп, орієнтованих на використання електронних платіжних систем та вивчати і застосовувати у практиці проведення допиту спеціальні знання з галузі інформаційних технологій. У зв'язку з цим у ході підготовки до допиту слідчому необхідно: вивчити спеціальну літературу, проконсультуватися з фахівцем, проаналізувати результати огляду місця події, допитів інших осіб, а також результати наявних висновків експертиз.

Також слід зазначити, що належна організація підготовчого етапу у разі проведення допиту по зазначених кримінальних правопорушеннях, що включає набуття необхідних спеціальних знань у галузі електронних платіжних систем і засобів, порядку електронного документообігу, консультації з відповідним фахівцем, вибір певних тактичних прийомів під час допиту співробітників банку, потерпілого, підозрюваного (обвинуваченого), допоможуть співробітникам слідчих органів оптимально організувати розслідування зазначеного виду злочинів, прийняти обґрунтоване і законне рішення.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 року № 4651-VI. / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
2. Габитова Э.Ф., Гареева Э.Р. Научно-практический электронный журнал «Аллея Науки». 2018. № 1(17). URL: https://www.elibrary.ru/download/elibrary_32508741_62195718.pdf.
3. Коловоротный А.А. Особенности производства допроса подозреваемых и обвиняемых при расследовании организации преступного сообщества и участия в нем. *Вестник криминалистики*. Выпуск 1 (45). 2013 С. 59–63.
4. Олиндер Н.В., Гамбарова Е.А. Проблемные вопросы поиска и восприятия информации о человеке в сети Интернет и ее использование при расследовании преступлений. *Юридический вестник Самарского университета*. 2016. Т. 2. № 4. С. 55–59.
5. Шейфер С.А. Следственные действия. Основания, процессуальный порядок и доказательственное значение. Самара : Изд-во «Самарский университет», 2004. С. 106–118.
6. Следственные действия. Криминалистические рекомендации. Типовые образцы документов. / Под ред. В.А. Образцова. Москва : Юристъ, 2001. 501 с.
7. Никифорчук В.Д. Протидія злочинам, учинюваним у сфері банківських електронних платежів : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.09. Київ, 2019. 258 с.
8. Олиндер Н.В. Некоторые особенности тактики допроса при расследовании преступлений, совершенных с использованием электронных платежных средств и систем. *Вестник Волжского университета имени В.Н. Татищева*. 2019. № 4, том 2. С. 148–155.

УДОСКОНАЛЕННЯ МЕТОДИКИ ПРОВЕДЕННЯ ПРАКТИЧНИХ ЗАНЯТЬ З ДИСЦИПЛІНИ «ВОГНЕВА ПІДГОТОВКА» У МАЙБУТНІХ ПРАЦІВНИКІВ ПРАВООХОРОННИХ ОРГАНІВ

IMPROVEMENT OF THE METHOD OF CONDUCTING PRACTICAL CLASSES IN THE DISCIPLINE “FIRE TRAINING” OF FUTURE LAW ENFORCEMENT EMPLOYEES

Чабаненко Ю.С., асистент кафедри кримінально-правових дисциплін

Криворізький факультет

Національного університету «Одеська юридична академія»

Мельник О.М., викладач кафедри соціально-політичних та економічних дисциплін

Криворізький факультет

Національного університету «Одеська юридична академія»

У статті представлені особливості навчання професійних навичок стрільби студентів і курсантів спеціальностей 081 «Право» та 262 «Правоохоронна діяльність» закладів вищої освіти України шляхом удосконалення методики проведення практичних занять із дисципліни «Вогнева підготовка».

Авторами розглянуті деякі питання практичної підготовки майбутніх працівників правоохоронних органів у частині впевненого і безпечного поводження з вогнепальною зброєю під час майбутньої службової діяльності. До уваги пропонується методика навчання студентів і курсантів стрільби з табельної зброї, а також методика швидкого вилучення пістолета з кобури і навчання техніки стрільби в обмежений час. Пропонуються різні форми стрілецьких тренувань, ефективні шляхи і методи навчання. З метою підвищення ефективності оволодіння навичками вогневої підготовки студентами і курсантами автори пропонують використовувати на заняттях з вогневої підготовки когнітивні методи навчання, засновані на моделюванні умов, максимально наближених до реальних.

Відзначено, що на заняттях з вогневої підготовки необхідно більше уваги приділяти практичним методам навчання, в ході яких є можливість самостійної і безпосередньої роботи зі зброєю, позаяк при цьому процес освоєння і набуття практичних навичок стрільби значно вищий. Розглянуто окремі види спеціальних вправ та тренувань у разі проведення навчальних занять зі стрільби.

З'ясовано, що використання сучасних технологій під час навчання стрільби має великі перспективи. На підставі проведеного аналізу обґрунтовано необхідність поліпшення підготовки і впровадження сучасної матеріально-технічної бази для якісного та ефективного проведення практичних занять з дисципліни «Вогнева підготовка» у процесі створення системи навчання професійного володіння вогнепальною зброєю, яка повністю відповідає би вимогам, які висуваються практичною діяльністю співробітників поліції на сучасному етапі.

Ключові слова: правоохоронні органи, вогнепальна зброя, вогнева підготовка, практичне навчання стрільби, стрілецькі тренування, методики навчання стрільби, формування навичок.

The article presents the peculiarities of teaching professional shooting skills to students and cadets of specialties 081 “Law” and 262 “Law Enforcement” of higher education institutions of Ukraine by improving the methodology of practical classes in the discipline “Fire Training”.

The authors consider some issues of practical training of future law enforcement officers in terms of safe and secure handling of firearms during future service activities. The method of training students and cadets to shoot from a service weapon, as well as the method of rapid removal of the pistol from the holster and training in shooting techniques for a limited time. Various forms of shooting training, effective ways and methods of training are offered. In order to increase the effectiveness of mastering the skills of fire training by students and cadets, the authors propose to use in fire training classes cognitive teaching methods based on modeling conditions as close as possible to real.

It is noted that in fire training classes it is necessary to pay more attention to practical training methods, during which there is a possibility of independent and direct work with weapons, as the process of mastering and acquiring practical shooting skills is much higher. Some types of special exercises and trainings during shooting training are considered.

It has been found that the use of modern technology in shooting training has great potential. Based on the analysis, the need to improve the training and implementation of modern material and technical base for quality and effective practical training in the discipline “Fire training” in the process of creating a system of training in professional firearms, which would fully meet the requirements of practical activities police officers at the present stage.

Key words: law enforcement agencies, firearm, fire training, practical shooting training, shooting training, shooting training methods, formation of skills.

Постановка проблеми. Для виконання покладених на поліцію обов'язків щодо захисту життя, здоров'я, прав і свобод громадян, власності, інтересів суспільства і держави від протиправних посягань Закон України «Про Національну поліцію» від 2 липня 2015 року № 580-VIII наділив співробітників Національної поліції України широкими правами щодо застосування різних заходів державного примусу [1]. Поліція під час виконання повноважень, визначених цим Законом, уповноважена застосовувати заходи примусу, серед яких є застосування вогнепальної зброї. Отже, одним з важливих складників у підготовці висококваліфікованого працівника Національної поліції України є вогнева підготовка.

Згідно з Наказом МВС України «Про затвердження Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України» № 50 від 26.01.2016, основними завданнями вогневої підготовки є [2]:

– вивчення матеріальної частини зброї, її тактико-технічних характеристик, заходів безпеки у разі поводження з нею, а також порядку і правил її застосування та використання;

– формування та вдосконалення у поліцейських практичних навичок умілого та безпечного поводження з вогнепальною зброєю (швидкісне діставання пістолета з кобури та приведення його в бойову готовність, виконання пострілу, усунення затримок під час стрільби тощо);

– виконання прийомів швидкісної стрільби в різних умовах, з різних положень, з перенесенням вогню по мішенях тощо;

– навчання правильно застосовувати зброю в реальних умовах оперативно-службової діяльності.

Для успішного вирішення цих завдань майбутнім правоохоронцям, крім високих моральних, фізичних і психологічних якостей, також необхідно мати якісні практичні

навички користування вогнепальною зброєю і навички стрільби. Тому одним із важливих завдань викладання дисципліни «Вогнева підготовка» у ЗВО, які готують випускників спеціальностей 081 «Право» та 262 «Правоохоронна діяльність», а особливо в освітніх закладах МВС України, є формування у майбутніх співробітників правоохоронних органів постійної готовності до застосування зброї, уміння у складній ситуації приймати правильні рішення і домагатися переваги над супротивником, а також вироблення таких особистісних якостей, як сміливість, рішучість, уміння моментально розпізнавати небезпеку і реагувати на неї, не втрачаючи самовладання, приймати правильні рішення.

На сучасному етапі розвитку суспільства і держави виникла об'єктивна необхідність переоцінки значної кількості наявних дотепер уявлень про завдання, форми і методи професійної освіти загалом, у тому числі системи підготовки студентів і курсантів освітніх організацій України до виконання завдань, пов'язаних із застосуванням вогнепальної зброї. Наявні нині методичні розробки з навчання вогневої підготовки майбутніх співробітників правоохоронних органів вимагають постійного вдосконалення. Такі завдання постають перед освітніми організаціями системи МВС через постійно зростаючу криміногенну обстановку, а також у зв'язку зі змінами, що відбуваються у правоохоронних органах, де від поліцейського вимагають високого рівня самовіддачі й універсальності.

Рівень професійної підготовки та, як наслідок, кваліфікація майбутнього поліцейського, його компетентність залежать насамперед від рівня засвоєння ним таких споріднених спеціалізованих дисциплін, як тактико-спеціальна підготовка, вогнева підготовка та спеціальна фізична підготовка. Нині підрозділи Національної поліції потребують кваліфікованих кадрів, які на високому рівні засвоїли навчальні дисципліни, серед яких чільне місце посідає вогнева підготовка. Потреба практичних підрозділів у якісній первинній підготовці поліцейських зумовлює необхідність удосконалення навчальних методик [3, с. 221].

Однак більшість студентів і курсантів, не маючи практичного досвіду служби, не досить серйозно під час навчання ставляться до вогневої підготовки, мають незначне уявлення про професійну значущість комплексу знань, умінь і навичок, що містять поняття «володіння зброєю»; вони не усвідомлюють серйозності наслідків, які можуть виникнути внаслідок невмілого або неправильного поводження зі зброєю. Тому основною метою сучасної методики підготовки є навчання практичних навичок стрільби всього контингенту студентів і курсантів, незважаючи на індивідуальні особливості і здібності.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Професійна компетентність майбутніх співробітників поліції є предметом постійного інтересу дослідників. Істотне значення мають роботи, у яких розглядаються проблеми професійної підготовки працівників правоохоронних органів, а також курсантів і студентів освітніх організацій, серед них – В.В. Бондаренко, Х.О. Воробець, В.Є. Гурський, Ю.В. Корсаков та інші. Комплексний підхід до навчання вогневої підготовки з використанням інноваційних технологій та сучасних провідних методик розглядали у своїх працях Л.В. Ващук, М.В. Гришин, А.М. Кравчук, О.Ю. Лавров, К.С. Навроцька, М.М. Руденко, В.І. Семеник, Д.Х. Штофель та інші вчені.

Формулювання цілей. З огляду на постійне підвищення вимог до професійної підготовки майбутніх захисників правопорядку *метою* цієї статті є вивчення сучасних форм, методів, новітніх засобів проведення занять з подальшою перспективою вдосконалення методики проведення практичних занять з дисципліни «Вогнева підготовка», що сприятиме наближенню навчального процесу до вимог, що висуваються до поліцейського у сучасних умовах.

Виклад основного матеріалу. Вогнева підготовка є самостійною дисципліною й одночасно входить до системи професійно-службової та фізичної підготовки співробітників правоохоронних органів як складова частина. Своєю чергою в освітніх організаціях системи МВС України вона тісно і нерозривно пов'язана з іншими спеціальними дисциплінами. Основним напрямом розвитку вогневої підготовки є пошук засобів і методів, а також ефективних шляхів удосконалення вмінь і навичок, спрямованих на приведення якості професійної підготовки до сучасних вимог.

Формування професійних знань, умінь та навичок майбутніх офіцерів поліції неможливе без застосування сучасних форм та методів навчання і використання новітніх технологій. Особливість вогневої підготовки визначається тим, що необхідно максимально ефективно використовувати навчальний час, матеріальне забезпечення та методики викладання [4, с. 317]. Опанування вогневої підготовки передбачає озброєння спеціальними теоретичними знаннями та формування спеціальних умінь і навичок, серед яких – усунення затримок під час стрільби; уміле та безпечне поводження з вогнепальною зброєю; швидкісне діставання пістолета з кобури та приведення його в бойову готовність; правильне утримання вогнепальної зброї; виконання прийомів швидкісної стрільби в різних умовах, з різних положень [5, с. 319–321].

Розглянемо деякі українські важливі, на нашу думку, спеціальні вправи та тренування під час проведення навчальних занять зі стрільби.

Одним з основних елементів підготовки висококваліфікованого стрілка є тренування вхолосту, коли студент/курсант відпрацьовує прийоми і правила стрільби з вогнепальної зброї без використання патронів [6, с. 247].

Для кращого засвоєння навчального матеріалу на такому етапі використовуються різні форми тренування без патронів [7]:

- заняття з відпрацювання прийомів і правил стрільби, дій, що подаються командам з навчальною зброєю у складі навчальної групи, навчальної зміни та індивідуально;

- відпрацювання нормативів.

Далі виконуються найпростіші вправи курсу стрільб, які не передбачають обмеження за часом. Для початку з однієї руки, оскільки утримання пістолета однією рукою є базою, основою для подальшого переходу на роботу з двох рук, а також з різних положень. Після успішного освоєння стрільби з однієї руки необхідний перехід на роботу двома руками. Нерідко під час стрільби з двох рук стрілок позбавляється помилок, які допускав раніше. Це можна пояснити тим, що, розподіляючи зусилля щодо утримання пістолета між двома руками, стрілок може «вимкнути» ті групи м'язів, які здійснюють неконтрольовані скорочення, що призводять до помилок.

У разі подальшого вдосконалення навичок поводження зі зброєю необхідно освоїти елементи техніки стрільби в обмежений час, з різних положень, після пересування, з використанням укриттів, а також в умовах обмеженої видимості. Для вирішення поставлених завдань на заняттях можна використовувати: звуковий таймер, секундомір; тренажери з навчальною зброєю; макет укриття від противника; установку, що створює світлозвукові сигнали; пристрій, що імітує освітлення цілі в нічних умовах; макет транспортного засобу з імітацією його руху тощо.

Розумові процеси особливо ускладнені, коли співробітник поліції змушений діяти в незвичній для нього ситуації. З огляду на це для цілеспрямованого розвитку і вдосконалення найбільш важливих для діяльності стрілка якостей, можуть бути підібрані спеціальні вправи, що застосовуються в процесі фізичної підготовки. Вправи повинні бути подібними за своєю руховою структурою і характером нервово-м'язових зусиль із спеціалізованими

рухами, властивими стрільбі з пістолета. Потім ті ж дії проводяться із закритими очима. Після такого тренування робота зі зброєю поодиноці, в т. ч. і «наосліп», стає звичною, розробляється моторика і рефлекторна робота. Ці дії необхідно довести до автоматизму. Іншими словами, студент/курсант повинен за час навчання отримати стійку навичку – звичку до зброї.

Також украй важливим у сучасних умовах є використання інноваційних форм, методик навчання і новітніх науково-технічних засобів. Так, науковці С. Гаврік та А. Черніков, наголошуючи на важливості стрілецької підготовленості майбутніх працівників Національної поліції, вказують, що гарантом життя та здоров'я поліцейського у разі вогневого контакту зі злочинцем є швидкі дії, пов'язані із застосуванням вогнепальної зброї. На думку дослідників, в освітній процес майбутніх правоохоронців необхідно запроваджувати елементи імітаційного моделювання [8].

Для подальшого вдосконалення та розвитку навичок, а також для того щоб наблизити заняття до реальних умов, необхідно виконувати вправи, що відтворюють різні ситуації і моделюють застосування зброї. Для здійснення таких практичних занять необхідна організація міжкафедральних занять спільно з викладачами фізичної і тактичної підготовки.

В основі сучасних методик на практичних кафедрах в освітньому процесі лежить комплексно-імітаційне або імітаційно-ігрове моделювання діяльності правоохоронних органів у різних умовах, а саме відтворення в умовах навчання з тією чи іншою мірою відповідності процесів, що відбуваються у реальній системі. Побудова моделей та організація роботи студентів/курсантів дає можливість відобразити в навчальному процесі різні види професійної діяльності і формувати професійно-спеціалізовані компетенції в умовах служби.

Комплексно-імітаційне, або імітаційно-ігрове моделювання, – це аналог професійної діяльності: чим вона складніша, тим глибше процес становлення професіоналізму учасників, тим багатшим є потенціал професійно-спеціалізованих компетенцій і можливостей того, хто навчається. Моделювання типових ситуацій у навчальному процесі втілює в дію принципи раціональної організації діяльності в професії і дає простір для самовираження, задовольняє її учасників, стимулює їх самостійність і активність, потребу в придбанні професійних компетенцій, необхідних у практичній професійній діяльності.

Сучасна вогнева підготовка може бути успішною у разі добре обладнаної навчально-матеріальної бази, що дозволяє створювати мішені, обстановку й умови, максимально наближені до реальних. Спеціальні вправи з елементами практичної стрільби можуть виконуватися після фізичного навантаження або під час такого з використанням укриття від противника, у спеціально створених умовах зі слабким освітленням цілі (близьким до нічних). Можна використовувати світлозвуковий пристрій, що створює реальний звуковий та світловий супровід вправ. Під час виконання вправ такого виду можна споряджати магазин упереміш з одним або декількома навчальними патронами для імітації застримок у разі стрільби і навчання стрільців практичних навичок їх усунення, а також виставляти штрафні мішені, які вражати забороняється.

З цією метою у процесі вогневої підготовки використовуються полігони або закриті тири, що дозволяють моделювати раптово появу і переміщення цілей, шуми і звуки, характерні для екстремальної обстановки, вогонь у відповідь супротивнику. Нерідко вони обладнуються кіноекранами, комп'ютерами, засобами імітації ускладненої обстановки (наприклад, вибухів гранат і мін, пожеж, диму). Активніше стали використовуватися комп'ютерні програми, що передають на екран-мішень комп'ютера зображення правопорушника у заданих ситуаціях (з наве-

деною зброєю, із захопленням заручником, у разі втечі нападника і т. ін.).

Так, наприклад, у США під час підготовки поліцейських використовуються електронні тири – навчальні класи з екраном 2х2 м з увігнутою поверхнею, у разі демонстрації на якому створюється ілюзія об'ємного простору. У разі виконання вправи на екрані створюється ситуація, сприймаючи яку студент/курсант повинен прийняти рішення на застосування зброї, оцінюючи його правомірність, і зробити «постріли». На екрані під впливом лазера відразу з'являються позначки: у разі промаху – синього кольору, у разі поранення – жовтого, у разі попадання в життєво важливу точку тіла (смертельне поранення) – червоного. У нижній частині екрана після закінчення вправ з'являються показники: час того, хто стріляв, кількість зроблених пострілів, якості влучень і кількість промахів [9].

Відомо, що сильний психологічний вплив, особливо на новачків, здійснює свист куль, що пролітають поруч. Завичай імітація таких звуків проводиться за допомогою магнітофонів. Безперечно, корисний і тренажер із видом противника, що раптово вихоплює пістолет. Завдання того, хто навчається, – вловити початок дій противника і попередити його у вихоплюванні свого пістолета з кобури і проведенні пострілу. Тренажер фіксує і звіряє час дій супротивників, показуючи, хто випередив і наскільки. Відпрацьовується дія з вийманням пістолета з кобури, яка розташована у різних місцях (прикріплена до поясного ремня спереду або ззаду, на плечі або під пахвою, на носі та ін.).

У вітчизняних освітніх закладах нині майже не використовуються практичні заняття зі стрільб із виконанням ухиляючих дій (різкою зміною позиції, падінням, перекатом, шкереберть, застосуванням кривої відходу з лінії вогню – «маятника» та ін.). Вони повинні супроводжуватися імітацією стрільби з виконанням частих і глибоких нахилів, виступів у сторони, поворотів тулуба, стрімких присідань, бігу з постійним візуальним контролем дій противника. У США для імітації стрільби супротивника застосовують спеціальні пістолети, заряджені фарбувальними кулями. Попадання такої кулі в поліцейського, який нехтує заходами безпеки, викликає в «героя» хворобливі думки, і він тоді починає серйозно намагатися, щоб не бути убитим або пораненим [9].

Високу ефективність організації практичних занять підтверджує поточно-груповий спосіб, а також використання на заняттях відеокамери у сукупності з мультимедійним проектором, що дозволяють у режимі реального часу демонструвати для всієї навчальної аудиторії будь-які дії та інформацію. Так, демонстрація на екрані виконаного нормативу дозволяє викладачеві економити час за рахунок одноразового показу правильного порядку і способу його виконання всім присутнім, задіяти в розборі типових помилок весь континент студентів, застосовувати широкий арсенал прийомів і методів активізації учнів.

Окремої уваги, на наш погляд, заслуговує використання анімаційних програм і анімованих плакатів, інтерактивних навчальних програм, а також навчальних відеофільмів, у т. ч. підготовлених колективами кафедр вогневої підготовки університетів.

Відомо, що багаторазове повторення і аналіз виконаних вправ сприяють закріпленню в підсвідомості і м'язовій пам'яті необхідних рухових дій і пов'язаних з ними м'язових зусиль. У зв'язку з цим під час навчання техніки влучного пострілу варто використовувати лазерні стрілецькі тренажери (наприклад, «Рубін», ЛТ-110ПМ, ЛСК М430 (УБ), ЛТ-111), що забезпечують візуальний контроль за діями учнів і комп'ютерну обробку результатів стрільби. Наприклад, впроваджені у навчання у деяких закладах тренажер «СКАТ» дозволяє проводити заняття з навчання прийомів стрільби з різних зразків стрілецької зброї, яка використовується як в армії, так

і в інших силових структурах. Установка додаткової програми «Тренувальні вправи», призначеної для роботи у складі інтерактивного тиру «Рубін», дозволяє вхолосту (без витрати боєприпасів) відпрацьовувати техніку прицілювання, перенесення вогню, зміни швидкостей прицілювання, прицілювання в русі, стрільби у разі зміни положень [10]. Новими та актуальними для використання під час викладання дисципліни «Вогнева підготовка» розробками також є:

– інтерактивний стрілецький тренажер «Захисник Вітчизни» – програмно-апаратний комплекс, за допомогою якого викладач може ефективно формувати у своїх студентів навички прицільної стрільби з гвинтівки, автомата та пістолета;

– інтерактивна модель «Учись влучно стріляти», яка складається з трьох компонентів: 1) емулятора (візуалізації стрілецького тиру); 2) розрахункової частини, в якій є можливість проводити розрахунки визначення зон ураження цілі та безпечну зону, а також створювати умови стрільби через перешкоду (стіна, кущі тощо) та, змінюючи точку прицілювання, аналізувати зміну форми траєкторії польоту кулі; 3) вкладки з довідковим теоретичним матеріалом з основ і правил стрільби; порядку роботи з програмою; завдань та прикладу виконання розрахунково-графічної роботи, яка дозволяє проводити електронний моніторинг рівня знань з такого модулю [11, с. 188–189];

– автоматизоване робоче місце «Приведення зброї до нормального бою», основна суть якого полягає у моделюванні реальних результатів перевірки бою стрілецької зброї, за допомогою ПЗ та оптичних приладів із візуалізацією їх на моніторі ПЕОМ [11, с. 189].

Отже, імітаційні засоби мають колосальну силу навчально-розвивального впливу. Вони створюють особливе поле емоційного зараження, у яке потрапляє учасник і здобуває досвід емоційних переживань [12]. Заохпленість практичного заняття шляхом моделювання ситуацій полегшує процес засвоєння знань, робить його менш драматичним. Одержання нових знань і усвідомлення того, що необхідні результати отримані, викликають емоційний підйом студентів/курсантів, що надалі впливає на ефективність службової діяльності майбутнього фахівця.

Натепер технічні можливості дозволяють виготовляти мультимедійні бойові і пневматичні тири, мобільні мішені

для кульової стрільби. Через їхню велику вартість не кожна організація здатна придбати ці тренажерні засоби, а відсутність тирів і стрільбищ в освітніх організаціях, слабка технічна оснащеність не дозволяють проводити заняття на високому методичному рівні.

Висновки. Таким чином, зі зміною умов і вимог до професійної підготовки майбутніх захисників правопорядку виникає необхідність вводити в процес навчання методика практичної стрільби, наочні і технічні засоби. Система підготовки з використанням як старих, що добре зарекомендували себе, методів навчання, так і з використанням нововведених сучасних вправ з елементами практичної стрільби, безумовно, сприятиме наближенню навчального процесу з дисципліни «Вогнева підготовка» до вимог, що висувуються до поліцейського у сучасних умовах.

Отримані знання та навички дозволять співробітнику більш якісно виконувати покладені на поліцейського обов'язки, певнено почуватися під час несення служби з охорони громадського порядку, в момент затримання правопорушників, а також не переживати за результат на контрольних стрільбах, отримувати задоволення від виконання навчальних вправ.

Задля досягнення мети якісного та ефективного вдосконалення методики проведення практичних занять з дисципліни «Вогнева підготовка» у майбутніх працівників правоохоронних органів на базі університетів, які готують кадри для роботи в правоохоронних органах, повинні бути створені такі умови, як: ефективна матеріально-технічна база; навчально-практичні місця для організації роботи в особливих умовах діяльності; спеціалізовані аудиторії.

Використання сучасних технологій під час навчання стрільби має великі перспективи. Саме притаманна процесу формування стійких навичок стрільби з бойової зброї специфіка зумовила пошук і застосування досягнень сучасних інформаційних технологій у навчально-тренувальному процесі для досягнення поставлених цілей і завдань навчання. Причому застосування сучасних технологій навчання в процесі занять з дисципліни «Вогнева підготовка» спрямоване на підвищення якості підготовки компетентних і висококваліфікованих кадрів для системи МВС України, які показують «на виході» достатній рівень набутих знань, умінь і навичок поведінки зі зброєю.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Національну поліцію : Закон України від 02.07.2015 року № 580-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/580-19#Text>. (дата звернення: 26.04.2021).
2. Про затвердження Положення про організацію службової підготовки працівників Національної поліції України : Наказ МВС України від 26.01.2016 року № 50. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0260-16> (дата звернення: 26.04.2021).
3. Рец В.В. Роль занять з вогневої підготовки у професійній підготовці майбутніх поліцейських. *Підготовка поліцейських в умовах реформування системи МВС України* : зб. наук. пр. Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків : ХНУВС, 2018. 246 с. С. 220–222.
4. Воробець Х.О. Використання новітніх методик під час викладання дисципліни «Вогнева підготовка» у вищих навчальних закладах зі специфічними умовами навчання. *Підготовка поліцейських в умовах реформування системи МВС України* : зб. наук. пр. МВС України, Харків. нац. ун-т внутр. справ. Харків : ХНУВС, 2019. 364 с. С. 316–318.
5. Бондаренко В.В. Професійна підготовка працівників патрульної поліції: зміст і перспективні напрями : монографія. Київ : ФОП Кандиба Т.П., 2018. 524 с.
6. Парахина Е.В., Мерзликин Р.А. Отработка приемов и правил стрельбы без патронов как основа обучения применения табельного оружия. *Подготовка кадров для силовых структур: современные направления и образовательные технологии* : материалы двадцатой Всероссийской научно-методической конференции. 2015. С. 247–250.
7. Корсаков Ю.В. Роль специальных упражнений при проведении учебных занятий по стрельбе. *Интернет-журнал «Мир науки»*. 2018, № 5. URL: <https://mir-nauki.com/PDF/20PDMN518.pdf> (дата звернення: 27.04.2021).
8. Гаврик С.Ю., Черников А.И. Совершенствование огневой подготовки полицейских. *Особенности подготовки полицейских в условиях реформування системи МВС України* : зб. матеріалів I міжнар. наук.-практ. конф. (м. Харків, 20 трав. 2016 р.). МВС України, Департамент патрульної поліції України, Харків. нац. ун-т внутр. справ, Каф. спец. фіз. підготовки. Харків : Харків. нац. ун-т внутр. справ, 2016. С. 111–116.
9. Рабазанов С.И. Некоторые вопросы анализа зарубежного опыта огневой подготовки сотрудников правоохранительных органов. *Педагогические науки*. 2016. № 50-2. URL: <https://novainfo.ru/article/7622> (дата звернення: 27.04.2021).
10. Штофель Д.Х., Навроцька К.С., Ващук Л.В. Сучасний стан, перспективи розвитку і застосування стрілецьких тренажерів у вогневій підготовці (за матеріалами вітчизняних і закордонних виставок) : *матеріали XLVII науково-технічної конференції підрозділів ВНТУ* (м. Вінниця, 14–23 березня 2018 р.), ВНТУ. URL: <http://ir.lib.vntu.edu.ua/bitstream/handle/123456789/20882/4236.pdf?sequence=3> (дата звернення: 29.04.2021).
11. Семенов В.І., Лавров О.Ю., Гришин М.В., Руденко М.М., Кравчук А.М. Комплексний підхід до навчання вогневої підготовки з використанням інноваційних технологій. *Системи озброєння і військова техніка*. 2015. № 1(41). С. 186–190.
12. Гурський В.С. Теоретичне обґрунтування використання імітаційних засобів для розвитку професійно важливих якостей працівників спецпідрозділів Міністерства внутрішніх справ України. *Вісник Національної академії Державної прикордонної служби України*. 2013. Випуск 3. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Vnadrps_2013_3_28 (дата звернення: 29.04.2021).

**ОКРЕМІ АСПЕКТИ ДОСУДОВОГО РОЗСЛІДУВАННЯ В ГАЛУЗІ МЕДИЦИНИ
(МЕДИЧНИХ СПРАВ)****CERTAIN ASPECTS OF PRE-TRIAL INVESTIGATION IN THE FIELD OF MEDICINE
(MEDICAL CASES)**

**Ямненко Т.М., д.ю.н., доцент,
професор кафедри цивільного права і процесу
Національний авіаційний університет**

**Літвінова І.Ф., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри кримінального права і процесу
Національний авіаційний університет**

Ця стаття присвячена розгляду окремих аспектів досудового розслідування в галузі медицини, зокрема, питанню конфіденційності інформації (права на таємницю), особливостей справ медичної категорії, залученню спеціаліста, що володіє спеціальними медичними знаннями для консультацій під час здійснення досудового розслідування, проведення судово-медичних експертиз, а також норм їх правового регулювання.

У статті розглядаються норми правового регулювання окремих аспектів досліджуваної проблеми, зокрема конституційно-правові норми, та визначається їх важливість у разі розгляду медичних справ під час досудового розслідування.

Наводиться перелік дій (оглядів), які необхідно здійснити під час розслідування злочинів проти життя і здоров'я людини, скоєних медичними працівниками. Визначено класифікацію оглядів, особливості та специфіку їх проведення залежно від умов.

Зауважується, що залучення спеціаліста, що володіє спеціальними медичними знаннями для консультацій під час здійснення досудового розслідування, є необхідною та обов'язковою умовою проведення слідства. Крім цього, у цій публікації визначається виключно важлива роль проведення судово-медичних експертиз, оскільки, на думку автора, вони становлять кістяк доказової бази під час проведення розслідування такої категорії справ. Наводиться їх перелік та особливості здійснення. Також зазначається, що важливою умовою є визнання вини підозрюваною особою, оскільки від цього залежить подальша доля розслідування загалом.

Стверджується, що важливим фактором, що впливає на результат будь-якого досудового розслідування медичних справ, є правильно організована і вміло проведена взаємодія між її учасниками, а саме між судовим експертом, спеціалістом, що володіє спеціальними медичними знаннями, свідками, підозрюваною особою, потерпілими та іншими учасниками кримінального процесу.

Ключові слова: досудове розслідування, медичні справи, спеціальні медичні знання, судово-медична експертиза, слідчий, медичні працівники.

This article is devoted to certain aspects of pre-trial investigation in the field of medicine, in particular, the issue of confidentiality of information (right to secrecy), features of medical cases, involvement of a specialist with special medical knowledge for consultations during pre-trial investigation, forensic examinations, as well as the rules of their legal regulation.

The article considers the norms of legal regulation of certain aspects of the problem under study, in particular, constitutional and legal norms and determines their importance in the consideration of medical cases during the pre-trial investigation.

Here is a list of actions (inspections) that need to be carried out during the investigation of crimes against human life and health committed by medical professionals. The classification of reviews, features and specifics of their carrying out depending on conditions are defined.

It is noted that the involvement of a specialist with special medical knowledge for consultations during the pre-trial investigation is a necessary and mandatory condition for the investigation. In addition, this publication identifies an extremely important role of forensic examinations, because, according to the author, they form the backbone of the evidence base during the investigation of this category of cases. Their list and features of implementation are given. It is also noted that an important condition is the admission of guilt by the suspect, as it depends on the future of the investigation as a whole.

It is argued that an important factor influencing the outcome of any pre-trial investigation of medical cases is the properly organized and skillful interaction between its participants, namely between a forensic expert, a specialist with special medical knowledge, witnesses, a suspect, victims and other participants in the criminal process.

Key words: pre-trial investigation, medical cases, special medical knowledge, forensic examination, investigator, medical workers.

Постановка проблеми. Тема кримінальної відповідальності медичних працівників є однією з найбільш дискусійних у медико-правовому просторі. Дослідження питань правового унормування медичної діяльності і кримінальної відповідальності медичних працівників перебуває в тісному зв'язку як з медичним, так і з кримінальним правом. Будь-яка діяльність пов'язана з помилками і ризиками. Своєю чергою медична помилка або невиправданий ризик можуть стати фатальними для пацієнта. Медичний працівник, який припустився помилки чи здійснив суспільно небезпечні дії, піддається не тільки моральній оцінці з боку суспільства, а й несе юридичну відповідальність, зокрема кримінальну.

У разі порушення кримінальних справ і в процесі розслідування злочинів нерідко виникає необхідність вирішення питань, що стосуються специфіки різних галузей знань. Природно, що як би добре не були підготовлені і кваліфіковані особи, які здійснюють провадження у справі, вони не можуть володіти досить глибокими знаннями для вирі-

шення всіх питань, що стосуються настільки різноманітних галузей науки, техніки і виробництва. Саме тому в процес розслідування злочинів здавна привертали для консультації обізнаних осіб, проводили з їх допомогою окремі слідчі дії, а також доручали їм необхідні експертні дослідження.

Загалом, етап досудового розслідування має велике значення, оскільки під час його провадження з'ясовуються всі нюанси справи.

Аналіз публікацій. Натепер розгляд окремих аспектів такої теми не набув широких масштабів у вітчизняній історіографії. Разом із тим немає спеціального комплексного дослідження з цієї проблеми, що має негативне значення для її розгляду. Власне, загалом ця проблема не набула достатнього рівня дослідження, що значно ускладнює її розгляд. Проте все ж є певний доробок, який складається з праць Д. Жар [7], Є.В. Ковалевської [8, 9], Т.І. Савій [11], В.В. Топчій [12] та інших.

Метою статті є дослідження окремих аспектів досудового розслідування в галузі медицини.

Виклад основного матеріалу дослідження. Відповідно до ст. 49 Конституції України [1] кожен має право на охорону здоров'я, медичну допомогу та медичне страхування. Медична допомога надається у відповідних медичних установах різних форм власності. Безсумнівно, важливим складником цього права є необхідність забезпечення конфіденційності про стан здоров'я людини.

За приписом ст. 32 Конституції України [1] ніхто не може бути підданий втручанню в його особисте і сімейне життя, крім випадків, передбачених Конституцією України. Забороняється збирати, зберігати, використовувати і поширювати конфіденційну інформацію про особу без її згоди. Поняття конфіденційної інформації конкретизоване в ст. 11 Закону України «Про інформацію» [4].

Право зберігати в таємниці дані про стан здоров'я відображене у ст. 286 ЦК України [6]. У частині 1 цієї статті зазначено, що фізична особа має право не розголошувати інформацію про стан свого здоров'я, факт звернення за медичною допомогою, діагноз, а також інформацію, отриману в результаті медичного обстеження. Відповідно до частини 2 цієї статті забороняється поширення такої інформації серед осіб, що стала відома під час виконання службових обов'язків або з інших джерел. Ці положення закріплені в Основна законодавства України про охорону здоров'я.

З перерахованих норм випливає, що ні лікарі, ні інші особи не мають права розголошувати інформацію про діагноз та методи лікування пацієнта. Відповідно до ст. 11 Закону України «Про інформацію» [4] така інформація може бути надана тільки за згодою особи, за винятком деяких випадків. Бувають факти, коли через неможливість отримати свідчення лікарів, залучених як свідків, розгляд справ істотно затягується [10].

Одне з основних завдань кримінального судочинства, яке визначене в

ст. 2 Кримінально-процесуального кодексу України (КПК) [3], полягає в забезпеченні швидкого, повного та неупередженого розслідування і судового нагляду, щоб кожен, хто вчинив кримінальний злочин, був притягнутий до відповідальності [10]. Правильно організована професійна діяльність органів попереднього розслідування повинна забезпечити виконання цього завдання.

Саме під час розслідування кримінальних злочинів, скоєних медичними працівниками, найбільш необхідне використання спеціальних медичних знань, оскільки медичні працівники під час проведення злочинів ретельно приховують усі докази і знають, що слідчі не мають медичної освіти, тому вони не будуть здатні розібратися в тонкощах медичної професії. Відповідно, професійні знання медичних працівників, які вчинили кримінальні правопорушення, стають їхньою перевагою, а для слідчих – перешкодою під час розслідування злочинів.

Для отримання об'єктивної інформації та доказів у кримінальному процесі слідчий повинен використовувати тільки професійні знання фахівців у галузі медицини – спеціаліста-медичного працівника або судово-медичного експерта [8, с. 2–3].

На особливу увагу заслуговує допит особи – медичного працівника; слідчий, що не володіє медичними знаннями, обмежений у правильному розумінні пояснень особи, яка може підозрюватися у скоєнні кримінального злочину медичного характеру. У цьому разі бажано запросити медичних спеціалістів як фахівців з кримінального процесу, які володіють спеціальними знаннями і навичками і можуть проконсультувати на досудовому розслідуванні з питань, що вимагають відповідних спеціальних знань.

Захист також повинен бути зацікавлений у присутності такого фахівця за умови, що є відсутність «конфлікту інтересів», знаходження в правових відносинах з іншим медичним закладом, спеціальність, спеціалізація, кваліфікація і досвід повинні бути близькі до кваліфікації підозрюваної особи. Нині найважливішим питанням досу-

дового розслідування є доказ провини лікаря або іншого медичного працівника. Важливість визначення провини (тобто психічного ставлення лікаря до власних дій і наслідків, які вони породжують) не викликає сумнівів, що залежить від неї [7]:

- кваліфікація кримінального злочину;
- застосовані санкції;

– з урахуванням обставин, що пом'якшують або обтяжують покарання

(ст. 66 і ст. 67 Кримінального кодексу України [2]).

Під час розслідування злочинів проти життя і здоров'я, скоєних медичними працівниками, доцільно проводити такі види обстежень, як: огляд місця події; огляд тіла потерпілого; огляд трупа; огляд речей і документів; інші види експертиз залежно від конкретних обставин вчиненого злочину.

Огляд трупа проводиться під час розслідування злочинів проти життя і здоров'я, скоєних медичними працівниками в разі смерті пацієнта. Під час огляду стан трупа ретельно вивчається і записуються: дані тіла трупа; сліди і пошкодження на ньому; одяг, що знаходиться на трупі тощо. Огляд трупа проводиться також під час розслідування злочинів, наприклад, пов'язаних з вилученням органів і (або) тканин людини для трансплантації. У цьому разі під час огляду трупа встановлюється, який орган і яким чином виїнятий.

Під час розслідування злочинів, скоєних медичними працівниками, часто буває необхідно вивчити документи. Для визначення того, які дії (або бездіяльність) призвели до критичних злочинних наслідків, слідчий залежно від обставин події повинен ознайомитися з матеріалами: актом патологоанатомічного дослідження, висновком судово-медичної експертизи, історією хвороби, амбулаторним лікуванням, картою пацієнта та іншими необхідними документами. Протоколи патологічних досліджень встановлюють діагноз захворювання (патологічний діагноз), пояснюють можливі розбіжності в діагнозах, визначають причину смерті, ускладнення лікувального процесу і відповідну патологію, виявляють комплекс об'єктивних факторів, що вплинули на несприятливий результат лікування. Медичні карти амбулаторного та стаціонарного хворого, історії лікування – основні документи, що дозволяють простежити динаміку захворювання, супутню патологію і встановлення фактів (вік, спадковість та ін.), що впливають на результат лікування і тактику лікування, дії медичних працівників у процесі діагностики і лікування, етапи діагностичного процесу і проведених діагностичних заходів, а також хід і результат лікувального процесу.

Під час дослідження документів описується їх зміст, зовнішній вигляд, форма, реквізити, наявність підписів, відбитків печаток і штампів, а також можливі ознаки зміни вихідного змісту. У разі перевірки документів слід також звернути увагу на ті права й обов'язки, які покладені на осіб, зазначених у документі. Під час огляду об'єктів (наприклад, медичних препаратів) виявляються і фіксуються: назва об'єкта; його мета; зовнішній вигляд; матеріал, з якого він виготовлений; індивідуальні особливості; знаки, що вказують на зв'язок такого предмета з розслідуваною подією. Під час обшуку, метою якого є виявлення предметів зі слідами, що вказують на вчинений злочин, пов'язаний з медичною діяльністю, можуть бути виявлені предмети, пов'язані з цією подією, наприклад, сліди крові конкретної людини, відбитки пальців, мікрочастинки і т. д. Питання судової експертизи регулюються Законом України «Про судову експертизу» від 25.12.1994 [5].

Для розслідування злочинів проти життя і здоров'я, скоєних медичними працівниками, в ході досудового розслідування проводяться такі види судово-медичних експертиз: судово-медичні експертизи живих осіб; судово-медична експертиза трупів; судово-медична експертиза речових доказів.

Судово-медична експертиза під час розслідування злочинів проти життя і здоров'я, скоєних медичними працівниками, повинна дати висновок про наявність або відсутність прямого причинно-наслідкового зв'язку між дією (бездіяльністю) медичного працівника і наслідками. Завданням судово-медичної експертизи якості надання медичної допомоги є виявлення: механізму медичної дії, пов'язаної з наданням медичної допомоги конкретному пацієнту з приводу його хвороби або травми, характеру та ступеня тяжкості останнього; послідовності дій медичних працівників, які здійснюють лікарський процес, в інтересах пацієнта і дотримання ними медичних правил; стадій лікарського процесу і (або) заходів медичного характеру, що викликали настання несприятливого для пацієнта результату наданої йому медичної допомоги; спосіб визнання недоліку в наданні медичної допомоги; час виникнення, розвитку та виявлення несприятливого результату, ступінь його тяжкості; характер і ефективність дій медичних працівників щодо усунення наслідків; вплив на якість наданої медичної допомоги, неналежне виконання медичними працівниками своїх професійних обов'язків; безпосередня причина несприятливого результату наданої медичної допомоги; медичні описи причинно-наслідкового зв'язку між несприятливим результатом і діями медичного працівника; тяжкість заподіяної пацієнтові шкоди.

Об'єктами судово-медичних експертиз є: живі люди, трупи, їх частини, матеріально закріплені носії інформації (медичні документи, інструменти, ліки, зразки та інші матеріали). Предметом судово-медичної експертизи є медичні та біомедичні питання, що виникають у ході досудового розслідування і судового розгляду. На дозвіл експертів ставляться різні питання, що впливають з обставин кримінальної справи. Як правило, слідчий спершу консультується зі спеціалістами в галузі судової медицини з приводу правильної постановки питань [12 с. 119].

Слідчі у кримінальних провадженнях досліджуваної категорії ставлять запитання, необхідні для з'ясування практично всіх ознак складу злочину. Зокрема, для виявлення ознак посягання на життя і здоров'я людини, встановлення правила надання медичної допомоги (об'єкт злочину); для виявлення ознак протиправності в діях чи бездіяльності медичних працівників, оцінки їх шкідливих наслідків і встановлення причинно-наслідкового зв'язку між такими діями (бездіяльністю) та їх наслідками (об'єктивна сторона злочину); для встановлення обов'язковості передбачення або можливості такого передбачення медичним працівником шкідливих наслідків своїх дій чи бездіяльності (суб'єктивна сторона злочину); для виявлення відповідності або невідповідності рівня професійної підготовки медичного працівника та його освіти, вимогам як до особи, що здійснює певний вид професійної діяльності (суб'єкт злочину) [13, с. 73].

З огляду на специфіку і різноманітність цих злочинів, їх розслідування вимагає від правоохоронних органів використання всіх допустимих і можливих засобів для встановлення обставин справи. Одним з таких інструментів є використання поради фахівця. Насамперед це пов'язане з характерними особливостями сфери, в якій скоюються злочини, різноманітністю спеціальних знань, необхідність в яких виникає у ході розслідування, а також суб'єктивним складом, задіяним у механізмі вчинення злочинів. Незважаючи на це, перед дослідником стоїть низка завдань, вирішення яких неможливе без залучення відповідного фахівця у галузі медицини. І ми не говоримо про проведення судово-медичної експертизи, тому що це саме собою зрозуміле. Справа в тому, що для з'ясування особливостей тієї діяльності, яка здійснюється в сфері охорони здоров'я, розслідуванню дуже допоможе консультація, яка є невід'ємним предметом зазначеного виду діяльності. У Кримінально-процесуальному кодексі України зазна-

чається, що фахівець з кримінального судочинства – це особа, яка володіє спеціальними знаннями та навичками у використанні технічних або інших засобів і може дати пораду під час досудового розслідування і судового розгляду з питань, які вимагають відповідних спеціальних знань і навичок. Особливість залучення фахівців для надання консультативної допомоги під час розслідування злочинів, скоєних медичними працівниками, визначається необхідністю встановлення низки медичних питань, які досить складно з'ясувати для людини, що не володіє знаннями в галузі медицини. Так, фахівці, співробітники Бюро судово-медичних експертиз, особи, що мають медичні знання і є співробітниками медичних і/або фармацевтичних установ або здійснюють приватну медичну практику, науково-педагогічні працівники освітніх і наукових установ медичних установ тощо. Такі консультації можуть проводитися у разі підготовки слідчих (розшукових) дій, таких як огляди, обшуки, допити. Предметом консультацій може бути встановлення місць дощільного проведення цих дій, слідів, які можуть бути виявлені, обставин, які необхідно встановити, тактики поведінки слідчого з певними особами [11, с. 175]. Велике значення має консультативна допомога у разі підготовки судово-медичної експертизи і може полягати у визначенні виду необхідної експертизи, правильній підготовці матеріалів до експертизи, а також правильній постановці питань експерту. Крім того, консультативна допомога може мати велике значення в аналізі результатів слідчих (розшукових) дій, таких як облік вилученої медичної документації та інших слідів, вивчення показань свідків, які є медичними працівниками, медичними підозрюваними і потерпілими. Ще одним з напрямів використання консультативної допомоги під час розслідування злочинів, скоєних медичними працівниками, є їхня участь в оцінці висновків судово-медичних експертиз. Слід зазначити, що результати консультативної допомоги фахівців з розслідування злочинів, скоєних медичними працівниками, найчастіше носять інформативний характер і тільки допомагають слідчому з'ясувати для себе якість питання, але не набувають статусу доказів. В одних випадках участь фахівця відбивається в протоколах слідчих (розшукових) дій, в інших – взагалі не має процесуальної фіксації [11 с. 174–175].

Аналіз практики розслідування злочинів показує, що основна частина доказової інформації містить свідчення потерпілих і свідків, пояснення і показання підозрюваних і обвинувачених. Такі свідчення згодом змінюють досить часто. Якщо слідчий недооцінює необхідність забезпечення слідчого процесу фахівцями у відповідних галузях знань, то це неминуче тягне за собою недолік доказів, що не завжди може бути заповнений шляхом проведення тільки оглядів, обшуків, допитів і затримань.

Згідно зі ст. 71 Кримінально-процесуального кодексу України [3], спеціаліст – це особа, що володіє спеціальними знаннями і навичками у використанні технічних чи інших засобів, яка може дати раду під час попереднього слідства і судового розгляду з питань, які вимагають відповідних спеціальних знань і навичок, бере участь у виробництві слідчих дій на досудовому слідстві і у судочинстві [10]. Відповідно до положень ст. 69, 101 КПК України [3] судовим експертом є особа, яка володіє науковими, технічними або іншими спеціальними знаннями, має право на підставі Закону України «Про судово-медичну експертизу» від 25 лютого 1994 № 4038-III [5] для проведення експертиз і якій доручено провести дослідження предметів, явищ і процесів, що містять інформацію про обставини вчинення кримінального правопорушення, а також дати висновок з питань, які виникають у ході кримінального судочинства і належать до сфери її знань.

Використання спеціальних медичних знань на етапах досудового розслідування і судового нагляду регулює кримінально-процесуальне законодавство України, не обмежує коло слідчих дій, в яких може бути задіяний фахівець у галузі

медицини, хоча і передбачає для випадків обов'язкового залучення судово-медичного експерта, а у разі неможливості – лікаря, для зовнішнього огляду трупа та ексгумації (статті 238, 239 Кримінально-процесуального кодексу України [3]). Використання спеціальних медичних знань регулюється положеннями ст. 226, 227, 238, 239, 241, 242, 354 і 491 Кримінально-процесуального кодексу України [3].

Порядок проведення судово-медичної експертизи регулюється положеннями ст. 242–244 КПК України [3]. Так, згідно з ч. 1 ст. 242 КПК України [3] експертиза проводиться експертом за заявою сторони кримінального процесу або за дорученням судді (суду) слідчого, якщо для з'ясування необхідні спеціальні знання та є обставини, що мають значення для кримінального судочинства.

Досудове розслідування або кримінальний процес – це колективна діяльність. Важливим фактором, що впливає на результати будь-якої колективної роботи, є правильно організована і вміло проведена взаємодія між її учасниками, а саме між судовим експертом та іншими учасниками кримінального процесу [9, с. 168–170].

Висновки. Підсумовуючи, можна зазначити, що досудове розслідування у галузі медицини передбачає низку послідовних та взаємозумовлених дій, які спрямовані на встановлення всіх її характеристик та обставин. Особливостями у цій категорії справ є переважно обов'язкове залучення спеціаліста для консультацій, що володіє спеціальними медичними знаннями, та здебільшого проведення судово-медичної експертизи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конституція України від 28.06.1996. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 01.01.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>.
2. Кримінальний кодекс України від 05.04.2001. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 23.04.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.
3. Кримінальний процесуальний кодекс України від 18.04.2010. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 17.03.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>.
4. Про інформацію : Закон України № 2657-XII від 02.10.1992. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 16.07.2020. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2657-12#Text>.
5. Про судову експертизу : Закон України № 4038-XII від 25.02.1994. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4038-12#Text>.
6. Цивільний кодекс України від 16.01.2003. / *Верховна Рада України*. Дата оновлення: 01.01.2021. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/435-15#Text>.
7. Жар Д. Кримінальна відповідальність за медичний делікт. *Юрист і закон*. 2016. № 19. URL: https://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article/EA009178.
8. Ковалевська Є.В., Семенов В.В. Важливість використання спеціальних медичних знань під час розслідування злочинів, вчинених медичними працівниками. URL: <http://ir.library.nmu.com/bitstream/123456789/999/1/Kovalevska.pdf>.
9. Ковалевська Є.В. Правове регулювання участі суб'єктів, що володіють спеціальними медичними знаннями, у кримінальному провадженні. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 3. С. 165–175.
10. Майстро Д. Деякі проблемні аспекти досудового розслідування в медичних справах. *Юридична Газета*. 22 жовтня 2019. № 43–44 (697–698). URL: <https://yur-gazeta.com/publications/practice/kriminalne-pravo-ta-proces/deyaki-problemni-aspekti-dosudovogo-rozsliduvannya-v-medichnih-spravah.html>.
11. Савчук Т.І., Некрасова О.В. Консультативна допомога фахівця в галузі медицини під час розслідування злочинів, учинених медичними працівниками. *Актуальні питання досудового розслідування та тенденції розвитку криміналістичної методики* : матеріали науково-практичної конференції. Харків, 21.11.2018. С. 174–175.
12. Топчій В.В. Особливості розслідування злочинів, скоєних медичним працівником. *Південноукраїнський правничий часопис*. 2018. № 3. С. 117–121.
13. Франчук В.В. та ін. Особливості запитань у постановках слідчих про призначення судово-медичної експертизи у випадках порушень медичними працівниками своїх професійних обов'язків. *Медичне право*. 2017. № 2 (20). С. 71–83.

РОЗДІЛ 10

СУДОУСТРІЙ; ПРОКУРАТУРА ТА АДВОКАТУРА

УДК 347.965.6

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/140>

ПІДСТАВИ ПРИТЯГНЕННЯ АДВОКАТА ДО ДИСЦИПЛІНАРНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ: ДЕОНТОЛОГІЧНИЙ АСПЕКТ

GROUND FOR BRINGING A LAWYER TO DISCIPLINARY RESPONSIBILITY: DEONTOLOGICAL ASPECT

Власенко М.В., студентка V курсу факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Приблуда П.М., студент V курсу факультету адвокатури
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

На основі досліджень науковців і теоретиків права, а також аналізуючи актуальне законодавство та судову практику, у статті роз'яснено підстави притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності в контексті порушення стандартів професійної діяльності адвоката. Так, досліджено питання щодо визначення юридичної відповідальності як загальної категорії, окреслено поняття «правова визначеність» крізь призму теорії та практики Конституційного Суду України. Особливу увагу приділено питанню притягнення до дисциплінарної відповідальності як окремого виду юридичної відповідальності. Шляхом аналізу доктринальних положень надано визначення такого поняття, як «дисциплінарний проступок», а саме здійснено розгляд крізь призму теорії трудового права, наведено ознаки, котрі характеризують поняття. Детально роз'яснені підстави притягнення адвоката до вищезазначеного виду відповідальності, а також акцентовано увагу на одній складній і неоднозначній підставі, а саме на порушенні правил адвокатської етики. Крізь призму останньої судової практики проаналізовано проблемні питання в контексті зазначеної теми. Деталізовано, у яких випадках відбувається безпосереднє порушення правил професійної етики крізь призму національної судової практики. Наведено поняття «конфлікт інтересів», проаналізовано деякі постанови Верховного Суду України щодо випадків притягнення за цією підставою до дисциплінарної відповідальності. Розглянуто особливості спілкування адвоката як з клієнтами, так і з іншими людьми в соціальних мережах, а саме проаналізовано Постанову Верховного Суду України щодо притягнення адвоката до відповідальності через погрози та нахабне спілкування в менеджері. Проведено аналіз правомірності притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності шляхом аналізу рішення Європейського суду з прав людини «Намазов проти Азербайджану» в контексті висловлювань адвоката під час судового засідання, здійснено порівняння вищезазначеного рішення з національною практикою, а саме з рішенням Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури. На конкретному прикладі проведено порівняння впливу держави на процес притягнення до відповідальності, а саме роз'яснено, у якому випадку має місце правомірне притягнення, а в якому це є певною «репресією» з боку влади.

Ключові слова: адвокат, відповідальність, дисциплінарна відповідальність, етика, повага, порушення, постанова, правила адвокатської етики, честь, юридична відповідальність.

Based on the research of scholars and theorists of law, as well as analyzing the current legislation and case law, the grounds for bringing a lawyer to disciplinary responsibility in the context of violation of the standards of professional activity of a lawyer are explained. Thus, the issue of defining legal responsibility as a general category was investigated, the concept of "legal certainty" was outlined through the prism of the theory and practice of the Constitutional Court of Ukraine. Particular attention is paid to the issue of disciplinary action as a separate type of legal liability. By analyzing the doctrinal provisions, the definition of such a concept as "disciplinary misconduct" is given, namely, the consideration through the prism of the theory of labor law is carried out, the features that characterize the concept are given. The grounds for bringing a lawyer to the above-mentioned type of liability are explained in detail, as well as attention is drawn to one complex and ambiguous ground, namely the violation of the rules of lawyer's ethics. Through the prism of recent case law, the problematic issues in the context of this topic are analyzed. It is detailed in which cases there is a direct violation of the rules of professional ethics, through the prism of national jurisprudence. The concept of "conflict of interests" is given, some decisions of the Supreme Court of Ukraine on cases of bringing on this basis to disciplinary responsibility are analyzed. The peculiarities of the lawyer's communication with clients and other people on social networks are considered, namely the decision of the Supreme Court of Ukraine on bringing a lawyer to justice for threats and impudent communication in the manager is analyzed. The legality of bringing a lawyer to disciplinary responsibility was analyzed by analyzing the decision of the European Court of Human Rights "Namazov v. Azerbaijan" in the context of the lawyer's statements during the trial, comparing the above decision with national practice, namely with the decision of the High Qualification and Disciplinary Commission". A specific example compares the influence of the state on the process of prosecution, namely it is explained in which case there is a lawful prosecution, and in which it is a certain "repression" by the authorities.

The purpose of this article is to disclose the grounds for disciplinary liability in general, and the analysis of the rules of ethics of lawyers due to the violation of which it is possible to bring to the specified type of liability.

Key words: lawyer, responsibility, disciplinary responsibility, ethics, respect, violation, resolution, rules of lawyer ethics, honor, legal responsibility.

Постановка проблеми. Питання притягнення адвоката до юридичної відповідальності, а саме до дисциплінарної, детально врегульоване законодавством України та Правилами адвокатської етики, однак на практиці виникають питання щодо особливостей притягнення до відповідальності адвоката за порушення стандартів професійної етики. У статті розглянута відповідна національна практика із цього питання, а також здійснено порівняння підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності за порушення законодавства, а також за порушення правил етики.

Аналіз досліджень і публікацій. Дослідженню проблематики юридичної відповідальності й дисциплінарної відповідальності як окремого її різновиду приділяють увагу такі вітчизняні науковці, як О.О. Бусуріна, В.В. Заборовський, Д.А. Липинський, І.М. Лукіна, О.М. Овчаренко, В.І. Прокопенко, Л.О. Сировотська та інші.

Виділення не вирішеної раніше частини загальної проблеми. Проблема підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є досить складною та комплексною. Вона потребує поглибленого дослідження.

дження аналізу кожної з підстав кризь призму доктрини та практики.

Метою статті є як розкриття підстав для дисциплінарної відповідальності загалом, так і аналіз норм Правил адвокатської етики, через порушення яких можливе притягнення до цього виду відповідальності.

Виклад основного матеріалу. Адвокатська діяльність є особливою сферою юридичної діяльності, яка спрямована на захист і допомогу юридичним і фізичним особам. Ураховуючи особливий характер роботи адвоката, а саме необхідність контактувати з різними клієнтами, іншими адвокатами та представниками органів державної влади, Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правила адвокатської етики висувають особливі, високі вимоги як для професійної діяльності адвоката, так і щодо особливостей поведінки в суспільстві. На представників адвокатської професії покладатиметься вага відповідальності за свої дії та наслідки, які можуть завдати шкоду репутації як усьому інституту адвокатури загалом, так й окремому адвокату.

Звернення до питання про юридичну відповідальність адвоката з погляду загальнотеоретичної моделі інституту юридичної відповідальності дозволяє розглянути його у світлі загальних закономірностей розвитку останнього, теоретичних конструкцій і прийомів, вироблених фундаментальною юридичною наукою. У сучасній доктрині права існує чимало точок зору щодо класифікації видів такої відповідальності. Так, згідно з правовою позицією Конституційного Суду України (далі – КСУ), загально-визначним є поділ юридичної відповідальності за галузеву структуру права на цивільно-правову, кримінальну, адміністративну й дисциплінарну [1]. Ця класифікація її видів є найбільш поширеною сьогодні. Критерієм розмежування в цьому випадку є специфічні властивості предмета й методу правового регулювання, що дають змогу зв'язувати зв'язок інституту юридичної відповідальності із системою права, галузеву належність певного виду цієї відповідальності, шляхи їх взаємопроникнення й точки перетинання [2, с. 43].

Варто зауважити, що це не єдиний варіант класифікації. Деякі науковці виражають таку думку, що взагалі неможливо віднайти той єдиний критерій, за яким необхідно класифікувати відповідальність на види. Так, М.І. Лукіна зазначає, що серед правників і до цього часу не сформовано уніфікованих і загально-визначених підстав і критеріїв поділу юридичної відповідальності на окремі її види [3, с. 11].

Окрім цього, необхідно додати, що задля законності й ефективності застосування санкцій норма повинна відповідати певним критеріям. Так, у Рішенні КСУ від 30 травня 2001 р. № 7-рп/2001 Конституційний Суд зазначив, що притягнення до юридичної відповідальності має здійснюватися в певному порядку, на підставі процесуальних норм, що регламентують провадження у справі про порушення юридичними особами норм законодавства. При цьому законодавець може диференціювати строки притягнення до відповідальності, процедуру застосування заходів впливу до порушників законодавства залежно від особливостей суспільних відносин, що регламентуються зазначеним законодавством [1].

Юридична відповідальність повинна відповідати принципу правової визначеності. Так, у Рішенні КСУ від 5 червня 2019 р. № 3-р(І)/2019 надано роз'яснення, що юридична визначеність дає можливість учасникам суспільних відносин завбачати наслідки своїх дій і бути впевненими у своїх легітимних очікуваннях (*legitimate expectations*), зокрема в тому, що набуте ними на підставі чинного законодавства право буде реалізоване. Юридичною визначеністю обумовлюється втілення легітимних очікувань, тобто досягнення бажаного результату шляхом учинення правомірних дій з огляду на заздалегідь передбачені ймовірні наслідки. Утілення легітимних очікувань унеможливу-

ється, зокрема, коли особа не може досягнути прогнозованого результату внаслідок зміни юридичного регулювання в такі строки, що не є розумними й обґрунтованими. Безпосередньо щодо юридичної відповідальності в контексті правової визначеності варто зазначити, що необхідне чітке визначення на рівні закону заборони поширення юридичної відповідальності на дії або бездіяльність, які мали місце в минулому, тобто так звану «відповідальність заднім числом», заборону ретроспективного посилення санкцій відповідальності, вимогу чіткої законодавчої регламентації процедури накладення санкцій на суб'єкта в разі вчинення ним неправомірних дій [4].

Коли адвокат не виконує свої професійні обов'язки, передбачені Законом України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правилами адвокатської етики, його можуть притягнути до дисциплінарної відповідальності із застосуванням відповідних стягнень. Так, статтею 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» установлено, що підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є вчинення ним дисциплінарного проступку [5].

Розглядаючи це питання, О.О. Бусуріна вважає, що під поняттям «дисциплінарна відповідальність» варто розуміти особливий вид юридичної відповідальності, який застосовується до спеціального суб'єкта дисциплінарних правовідносин за вчинення дисциплінарного проступку, який проявляється в невиконанні або неналежному виконанні адвокатом своїх професійних обов'язків і встановлює застосування передбачених законом або нормами адвокатської етики заходів дисциплінарного впливу в установленому для цього процедурному порядку [6, с. 9].

На думку В.І. Прокопенка, дисциплінарний проступок – це винне невиконання або неналежне виконання працівником покладених на нього законодавством про працю, колективом і трудовим договором трудових обов'язків [7, с. 412–413]. У свою чергу, Л.О. Сировотська зазначає, що дисциплінарний проступок виникає в тому випадку, коли правопорушення пов'язане з порушенням трудових обов'язків, але за своїм характером не становить суспільної небезпеки [8, с. 43].

Щодо дисциплінарного проступку саме адвоката, то, на думку В.В. Заборовського, під цією категорією потрібно розуміти винне діяння (дію або бездіяльність) адвоката, що вчиняється ним під час здійснення професійної та іншої діяльності, виражається в порушенні вимог законодавства про адвокатуру й адвокатську діяльність і (або) норм Правил адвокатської етики, якими заподіюється шкода клієнту й (або) адвокатурі загалом шляхом приниження її авторитету, авторитету адвокатської професії і статусу адвоката [9, с. 118]. Отже, можна виділити характерні ознаки дисциплінарного проступку адвоката: діяння, тобто дія або бездіяльність, зміст якої полягає в порушенні законодавства України про адвокатуру та/або Правил адвокатської етики; вина адвоката виражається у формі умислу й необережності; має місце як під час здійснення адвокатом своїх професійних функцій, так і під час будь-якої іншої діяльності, пов'язаної з професійною; наявність шкоди конкретному клієнту адвоката або ж адвокатурі загалом.

Частина 2 ст. 34 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» чітко визначає, які діяння є дисциплінарним проступком, серед яких зазначені такі дії: порушення вимог несумісності; порушення присяги адвоката України; порушення правил адвокатської етики; розголошення адвокатської таємниці або вчинення дій, що призвели до її розголошення; невиконання або неналежне виконання своїх професійних обов'язків; невиконання рішень органів адвокатського самоврядування; порушення інших обов'язків адвоката, передбачених законом. [5]

Отже, правову оцінку рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури про перегляд рішення

кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури та прийняття нового рішення про застосування до адвоката дисциплінарного адміністративний суд надає в контексті дотримання процедурних аспектів дисциплінарного провадження, не оцінюючи вид стягнення, який був застосований до адвоката.

Однією з підстав притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є порушення стандартів професійної діяльності в професійному та повсякденному житті. Так, відповідно до ст. 66 Правил адвокатської етики, за їх порушення до адвоката можуть бути застосовані заходи дисциплінарної відповідальності в порядку, передбаченому чинним законодавством про адвокатуру й адвокатську діяльність, а також рішеннями З'їзду, актами Ради адвокатів України, Національної асоціації адвокатів України. [10] Прикладами порушення адвокатської етики можна вважати такі: безпідставне затягування справи для отримання більшого гонорару; надання клієнту завідомо неправдивих відомостей; затягування справи, зрив судових засідань, запізнення адвокатом; використання обману, дача завідомого нездійснених обіцянок. Варто розглянути практику Верховного Суду України (далі – ВСУ) щодо вищезазначеного виду порушень. Відповідно до Постанови Касаційного адміністративного суду від 4 вересня 2019 року у справі № 826/1520/15, адвокат протягом тривалого часу, а саме з 2006 року по 2014 рік, своєю поведінкою чинив перешкоди власнику житла в користуванні своєю власністю. Він одноособово, без узгодження зі співвласником, здійснив переобладнання житла, на власний розсуд розпорядився майном, що було у квартирі. Позиція ВСУ полягала в тому, що аналіз наведених правових норм свідчить, що особа, приймаючи присягу адвоката, бере на себе зобов'язання неухильно дотримуватися Правил адвокатської етики, які, у свою чергу, регламентують підвищені порівняно з пересічним громадянином вимоги до її поведінки не тільки під час виконання безпосередньо професійних обов'язків, а й у приватному житті. Отже, порушення Правил адвокатської етики та, відповідно, присяги адвоката є правовою підставою для притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності [11].

Іншою підставою притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності є наявність в останнього конфлікту інтересів. Так, Юридична енциклопедія тлумачить конфлікт (лат. *conflictus*) як зіткнення поглядів, інтересів, позицій тощо, що супроводжується конфронтацією, суперництвом, конкуренцією чи протидією його учасників. У відносинах, які виникають між правниками та їхніми клієнтами, конфлікт інтересів – це будь-яка суперечність особистих або ділових (процесуальних) інтересів [12, с. 335]. Органи адвокатського самоврядування за умови загрози конфлікту інтересів рекомендують відмовляти в укладенні договору про надання правничої дороги або розривати вже чинну угоду. У свою чергу, яскравим прикладом є Постанова ВСУ від 26 листопада 2020 р. у справі № 818/1718/17, відповідно до якої адвокат представляв інтереси особи щодо реалізації права на приватизацію земельної ділянки, після успішного виконання доручення, через декілька років, до цього адвоката звернулася інша особа, інтереси якої суперечать інтересам першої особи, й адвокат почав виконувати доручення останньої особи.

ВСУ в контексті зазначеної справи вказав, що порушенням Правил адвокатської етики є в тому числі не лише дії чи бездіяльність, що призвели до настання конкретних негативних наслідків для особи внаслідок наявного конфлікту інтересів, а й сама ймовірність такого настання, виходячи з обставин справи, більше того, розумні підстави вважати, що розвиток інтересів у подальшому призведе до виникнення такого конфлікту. Суд зауважує, що статтею 20 Правил адвокатської етики чітко не визначено, коли саме закінчується термін адвоката на представництво, тому в будь-якому випадку адвокат повинен дотримувати

тися всіх заходів для уникнення конфлікту інтересів між новим і попереднім клієнтами. Закінченні строку дії довіреності не свідчить про те, що конфіденційна інформація, яка стала відомою адвокату від попереднього клієнта, не може бути використаною для нового клієнта. Від адвоката вимагається отримання письмового погодження від клієнта. За відсутності письмового погодження клієнта в разі виникнення конфлікту інтересів у процесі реалізації адвокатом договору такий договір має бути розірваний [13].

Можна навести такі узагальнюючі правові позиції ВКДКА в контексті зазначеного питання. Адвокат не може приймати доручення в разі наявності конфлікту інтересів клієнта та юридичної особи, у якій адвокат працював раніше й у зв'язку із цим володіє інформацією, що може бути використана проти такої юридичної особи [14]. Виконання правником певної роботи, відповідно до трудового договору, не може свідчити про наявність конфлікту інтересів у спорі з колишнім роботодавцем, якщо виконувана робота не була пов'язана з наданням правової допомоги [15]. Надання адвокатом правової допомоги одночасно працівнику та його роботодавцю не зумовлює конфлікту інтересів, якщо відсутня ймовірність використання отриманої інформації на шкоду клієнтам [16].

Однією з деонтологічних вимог у професійній роботі адвоката є належне використання соціальних мереж. Користуючись останніми, адвокатам передусім варто дотримуватися вимог моральності – визначального складника особистості. Міра суб'єктивної свободи людини визначається її моральним імперативом і є показником рівня її розвиненості. Будь-які засоби й методи повинні бути насамперед моральними виключно в адвокатській діяльності, стосовно якої можна стверджувати, що вона пронизана мораллю. У ній зливаються правові та моральні засади, позаяк мораль і право нерозривно пов'язані. По суті, право та мораль є головними регуляторами людської поведінки. Під час реалізації професійної діяльності адвокат повинен керуватися передусім етичними принципами, бути морально стійким, і це допомагатиме робити правильний вибір у складних ситуаціях [17].

Так, відповідно до ст. 57 Правил адвокатської етики, участь адвоката в соціальних мережах (наприклад, але не обмежуючись: Facebook, Twitter, LinkedIn, Pinterest, Google Plus+, Tumblr, Instagram, Flickr, MySpace тощо), Інтернет-форумах і застосування ним інших форм спілкування в мережі Інтернет є допустимими, проте адвокат може розмішувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету адвокатів та адвокатури загалом. Використання адвокатом соціальних мереж, Інтернет-форумів та інших форм спілкування в мережі Інтернет має відповідати таким принципам: незалежності, професійності, стриманості, коректності тощо. Статті 58–60 Правил роз'яснюють вищезазначені принципи [10].

У контексті зазначеного питання варто розглянути Постанову Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24 червня 2020 року у справі № 815/1830/18. У скарзі зазначено, що адвокат, використовуючи Вайбер-групу «б-а клас», викладає висловлювання, які мають образливий та агресивний характер, а інколи відверті погрози розправи завдяки своїм зв'язкам у кримінальному колі. Як зазначив ВСУ, положеннями статті 2 Правил адвокатської етики, затверджених звітно-виборним з'їздом адвокатів України від 9 червня 2017 року, передбачено, що дія Правил поширюється на всі види адвокатської діяльності й у частині, визначеній Правилами, на іншу діяльність (дії) адвоката, у тому числі соціально-публічну діяльність адвоката, яка може вступити в суперечність із професійними обов'язками адвоката або підірвати престиж адвокатської професії. Правила адвокатської етики поширюються не тільки на всі види адвокатської діяльності, а й на іншу діяльність (дії) адвоката, у тому числі й соціально-публічну діяльність адвоката. Використання

адвокатом соціальних мереж, інтернет-форумів та інших форм спілкування в мережі Інтернет має відповідати певним принципам, у тому числі стриманості й коректності, толерантності й терпимості [18].

Досить складним і комплексним є питання щодо спілкування адвоката із судом та іншими учасниками судового провадження. Так, цьому питанню присвячений розділ IV Правил адвокатської етики. З-поміж іншого адвокат повинен дотримувати принципу законності, адвокат водночас має бути наполегливим і принциповим у відстоюванні інтересів клієнта в суді, не поступатися своєю незалежністю в захисті й представництві прав та інтересів клієнта з метою не погіршити стосунків із суддями; у разі вчинення судом тиску на адвоката не йти на компроміси, що суперечать охоронюваному законом інтересам клієнта; послідовно дотримуватися принципу пріоритетності інтересів клієнта перед усіма іншими інтересами й міркуваннями, що пов'язані з відносинами адвоката із судом. Окрім цього, адвокат повинен бути стриманим і коректним; реагувати на неправильні дії або вислови цих осіб у формах, передбачених законом, зокрема у формі заяв, клопотань, скарг тощо; бути тактовним при допиті підсудних, потерпілих, сторін у цивільному процесі, свідків та інших осіб [10].

Яскравим прикладом у контексті наведеного питання є справа «Намазов проти Азербайджану». Ельчин Юсіф оглу Намазов був захисником чоловіка, якого звинувачували в порушенні громадського порядку після участі в демонстрації опозиції. На судових засіданнях адвокат сварився із суддею, через що за поданням Асоціації адвокатів Азербайджану суд ухвалив рішення про позбавлення Намазова права на здійснення адвокатської діяльності. Намазов звернувся до ЄСПЛ. Він посилався на порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод: кожен має право на повагу до свого приватного й сімейного життя, до свого житла й кореспонденції.

Суд зауважує, що дисциплінарне провадження щодо заявника було розпочато та проведено дисциплінарною комісією та Президіумом, який є саморегулюючим органом адвокатури. Суд, однак, зазначає, що заявник користувався дуже малим обсягом гарантій у цих дисциплінарних провадженнях. Зокрема, хоча дисциплінарна комісія та Президіум прямо посилаються на рішення Насіміського районного суду від 27 серпня 2011 року та витяги зі стенограм судових засідань, які відбулися 9, 18 та 27 серпня 2011 року, коли вони накладали дисциплінарне стягнення на заявника, вони відмовили заявникові в наданні копій цих документів, незважаючи на чіткий запит заявника із цього приводу. Дисциплінарна комісія також відмовилася заслуховувати свідчення інших адвокатів, які брали участь у вищезазначених слуханнях, перед Насіміським районним судом з метою з'ясування подій, що призвели до подання дисциплінарної скарги на заявника. Суд також не може залишити поза увагою той факт, що голова дисциплінарної комісії та голова ААА відкрито критикували заявника за його часті виступи в ЗМІ та його належність до опозиційної політичної партії, що не було пов'язано з предметом порушеного дисциплінарного провадження проти нього.

Що стосується судового провадження стосовно позбавлення заявника права на заняття адвокатською діяльністю, то Суд зазначає, що національні суди не лише не усунули вищезазначені недоліки дисциплінарного провадження, а й не змогли достатньо оцінити пропорційність втручання. Суд уважає за необхідне звернути увагу на Рекомендацію R (2000) 21 Комітету Міністрів державам-членам про свободу професійної діяльності адвокатів, яка чітко зазначає, що принцип пропорційності має бути дотримано при визначенні санкції за вчинення адвокатами дисциплінарних правопорушень. Крім того, суди не навели жодної причини того, чому більш м'яка

санкція, така як відсторонення від заняття адвокатською діяльністю на період від трьох місяців до одного року, не могла бути застосована щодо Заявника, замість позбавлення його права на зайняття адвокатською діяльністю, і не вказали, чому менш суворою санкцією не можна було досягнути мети, яка ставилася під час накладення дисциплінарного стягнення на Заявника. Вищевикладені міркування є достатніми для того, щоб Суд міг зробити висновок, що підстави, викладені національними судами на підтримку обрання дисциплінарного стягнення Заявникові саме у формі позбавлення права на зайняття адвокатською діяльністю, не були релевантними та достатніми і що санкція, накладена на Заявника, була непропорційною легітимній переслідуваній меті [19]. Отже, було констатовано порушення ст. 8 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

Якщо проаналізувати дисциплінарне провадження, то можна дійти висновку, що дисциплінарна комісія неповідомістю дослідила відповідні обставини справи, а також відмовилася заслухати адвокатів, які брали участь у вищезазначених слуханнях. Відповідні суди порушили принцип пропорційності при визначенні санкції за вчинення адвокатом дисциплінарних правопорушень, оскільки призначили більш тяжке покарання. Отже, суперечка із суддею стала формальною причиною для притягнення адвоката до відповідальності у формі прийняття рішення про позбавлення права на зайняття адвокатською діяльністю, оскільки він займав досить невідгидну опозиційну політичну позицію, і такий опонент у правовому полі міг зашкодити чинній владі.

Для контрасту у вирішенні цього питання варто розглянути Рішення № П-009/2021 у справі за скаргою адвоката на рішення дисциплінарної палати КДКА Київської області від 11.11.2020 № 286/2020 про порушення відносно нього дисциплінарної справи. Так, 21.08.2020 на адресу КДКА Київської області надійшла скарга судді Печерського районного суду м. Києва Особа_2 стосовно адвокатів Особа_1 та Особа_3 щодо наявності в діях адвокатів ознак дисциплінарного проступку. Рішенням ДП КДКА Київської області від 11.11.2020 № 286/2020 порушено дисциплінарну справу стосовно адвоката Особа_1. 09.12.2020 до ВКДКА надійшла скарга адвоката Особа_1, у якій він просить рішення ДП КДКА Київської області від 11.11.2020 № 286/2020 скасувати й ухвалити нове рішення, яким відмовити в порушенні дисциплінарної справи. Щодо обставин справи варто зазначити, що під час судового розгляду клопотання сторони обвинувачення адвокат Особа_1 зловживав своїми процесуальними правами: неодноразово безпідставно заявляв відвід слідчому судді, секретарю та прокурору, зневажливо звертався до судді, наприклад, «ця/цьої», неодноразово застосовував некоректні вислови щодо судді та її колег, демонстрував своє зневажливе ставлення до суддівського корпусу загалом. Зазначена особа шкодила як своїй репутації як адвоката, так і репутації адвокатури загалом. КДКА регіону зазначило, що вищевказані висловлювання мають ознаки, що суперечать принципам, які покладено в основу Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правил адвокатської етики. ВКДКА погодилася з доводами, викладеними в рішенні КДКА Київської області, оскільки, виходячи з наявних доказів, у діях адвоката Особа_1 наявні ознаки дисциплінарного проступку [20].

Проаналізувавши вищенаведені рішення, можна помітити певну кореляцію між діями дисциплінарних комісій, однак у рішенні «Намазов проти Азербайджану» адвокат став жертвою «репресії», що полягала в позбавленні його права на зайняття адвокатською діяльністю через його політичні погляди та безпосередній захист у провадженні осіб, які займалися опозиційною діяльністю. У свою чергу, аналізуючи вищенаведене рішення ВКДКА № П-009/2021, можна резюмувати, що адвокат своїми безпосередніми

діями, а саме затягуванням процесу та некоректними висловлюваннями в бік судді, зазнав відповідних санкцій.

Висновки. Отже, варто зазначити, що Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» і Правила адвокатської етики досить детально регламентують підстави притягнення адвоката до дисциплінарної відповідальності. Зокрема, урегульовані досить складні питання щодо етики правника в контексті спілкування

з іншими особами, органами державної влади й особливості спілкування в мережі «Інтернет». Однак крізь призму практики можна помітити, що часто адвокатів притягують до окресленого виду відповідальності не тільки через прямі порушення правил спілкування, етики та поваги, а й через те, що вони певною мірою можуть не подобатися суді або є невідповідними політичному режиму.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Конституційного Суду України від 30 травня 2001 р. № 7-рп/200. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v007p710-01#Text> (дата звернення: 19.04.2021).
2. Липинський Д.А. Процессуальная ответственность : монография. Москва : Юрлитинформ, 2013. 184 с.
3. Лукіна І.М. Цивільна процесуальна відповідальність : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Харк. нац. ун-т внутр. справ. Харків, 2011. 18 с.
4. Рішення Конституційного Суду України від 5 червня 2019 р. № 3-п(І)/2019 у справі № 3-391/2018(6048/18). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/va03p710-19#Text> (дата звернення: 19.04.2021).
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2017 р. № 5076-VI. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17#n300> (дата звернення: 21.04.2021).
6. Бусуріна Е.О. Дисциплинарная ответственность адвокатов в правозащитной деятельности : автореф. дисс. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Моск. гос. юрид. акад. им. О.Е. Кутафина. Москва, 2013. 30 с.
7. Прокопенко В.І. Трудове право України : підручник / за заг. ред. В.І. Прокопенко. Харків : Консум, 1998. 420 с.
8. Сировотська Л.А. Відповідальність за порушення трудового законодавства : навчальний посібник. Москва : Юрид. літ., 1990. 176 с.
9. Заборовський В.В. Дисциплінарний проступок як підстава дисциплінарної відповідальності адвоката. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2015. Вип. 31. Т. 3. С. 115–118.
10. Правила адвокатської етики від 9 червня 2017 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/n0001891-17> (дата звернення: 21.04.2021).
11. Постанова Верховного Суду у складі Касаційного адміністративного суду від 4 вересня 2019 р. у справі № 826/1520/15. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84040824> (дата звернення: 19.04.2021).
12. Юридична енциклопедія : у 6 т. / ред. рада : Ю.С. Шемшученко (голова) та ін. ; НАН України, Ін-т держави і права ім. В.М. Корецького. Київ : Українська енциклопедія ім. М.П. Бажана, 2001. Т. 3. 792 с.
13. Постанова Верховного Суду у складі колегії Касаційного адміністративного суду від 26 листопада 2020 р. у справі № 818/1718/17. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93119334> (дата звернення: 19.04.2021).
14. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 30 жовтня 2017 р. № X-003/2017. URL: <https://vkdka.org/rishennya-h-0032017-u-spravi-za-skargoyu-na-rishennya-kvalifikatsijno-distsiplinarnoji-komisiji-advokaturi-zhitomirskoj-oblasti-vid-21-kvitnya-2-017-roku-pro-prityagnennya-advokata-do-vidpovidalnl/> (дата звернення: 19.04.2021).
15. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 30 жовтня 2017 р. № X-007/2017. URL: <https://vkdka.org/rishennya-h-0072017-u-spravi-za-skargoyu-na-rishennya-distsiplinarnoji-palati-kvalifikatsijno-distsiplinarnoji-komisiji-advokaturi-hersonskoj-oblasti-vid-23-06-2017-pro-vidmovu-v-porushenni-dist/> (дата звернення: 20.04.2021).
16. Рішення Вищої кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури від 30 січня 2018 р. № І-011/2018. URL: <https://vkdka.org/rishennya-i-0112018-u-spravi-za-skargoyu-na-rishennya-distsiplinarnoji-palati-kdka-zhitomirskoj-oblasti-vid-08-09-2017-pro-vidmovu-u-porushenni-distsiplinarnoji-spravi-vidnosno-advokata/> (дата звернення: 18.04.2021).
17. Фляжніков А.Я. *Адвокати в соціальних мережах. Етико-деонтологічний аспект. Visegrad Journal on Human Rights*. 2017. № 1. URL: http://vjhr.sk/archive/2017_1/part_1/24.pdf (дата звернення: 18.04.2021).
18. Постанова Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду від 24 червня 2020 р. у справі № 815/1830/18. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/90029760> (дата звернення: 19.04.2021).
19. Справа «Намазов проти Азербайджану» (Namazov v. Azerbaijan) від 30 січня 2008 р. URL: <https://www.echr.com.ua/translation/sprava-namazov-proti-azerbajdzhanu/> (дата звернення: 20.04.2021).
20. Рішення дисциплінарної палати Кваліфікаційно-дисциплінарної комісії адвокатури Київської області від 20 лютого 2021 № 286/2020. URL: <https://vkdka.org/rishennya-ii-0092021-u-spravi-za-skargoyu-advokata-na-rishennya-distsiplinarnoji-palati-kdka-kijivskoj-oblasti-2862020-vid-11-11-2020-roku-pro-porushennya-vidnosno-nogo-distsiplinarnoji-spravi/> (дата звернення: 21.04.2021).

ПРОЦЕСУАЛЬНІ ГАРАНТІЇ АДВОКАТСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ Й ДЕОНТОЛОГІЧНІ СТАНДАРТИ В РІШЕННЯХ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

PROCEDURAL GUARANTEES FOR DEFENCE LAWYERS' ACTIVITY AND DEONTOLOGICAL STANDARDS IN THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Гайворонська В.В., голова

Рада адвокатів Харківської області,
асистент кафедри адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Водолазкий С.Г., студент I курсу магістратури
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Микитюк О.С., студент I курсу магістратури
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена аналізу процесів, що закладають основу функціонування вітчизняної та європейської адвокатури, а також вивченню процесуальних гарантій адвокатської діяльності й деонтологічних стандартів, висвітлених у рішеннях Європейського суду з прав людини. Акцентовано на пріоритетному значенні дотримання прав і гарантій адвоката для розбудови справжньої правової держави. Європейський суд з прав людини у рішеннях неодноразово повторював, що право кожної особи, обвинувачуваної в учиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвоката, є запорукою справедливого судового розгляду. На нашу думку, якісна й ефективна робота адвоката спрямована на захист свого клієнта та має бути захищена з боку держави, що є елементом справедливого судового розгляду. Дотримання деонтологічних засад адвокатом не лише покращує якість юридичних послуг, а і є запорукою дотримання права кожної особи на справедливий судовий розгляд. У зв'язку з цим дослідження рішень Європейського суду з прав людини щодо гарантій адвокатської діяльності є важливим для розбудови правової держави.

Окрему увагу присвячено перехопленню інформації, якою обмінюються адвокат і клієнт, розкриттю банківських документів, обшукам і виїмкам, проведених в адвокатських офісах або вдома, оскільки рішення ЄСПЛ, у яких установлено порушення Конвенції при перехопленні повідомлень, прослуховуванні й таємному нагляді (перехоплення інформації, якою обмінюються адвокат і клієнт), моніторингу телефонних ліній юридичних компаній, таємному спостереженні за адвокатами, є важливими для реалізації права на справедливий суд і дотримання прав і гарантій адвоката в професійній діяльності. Ще одним важливим аспектом адвокатської діяльності є свобода адвоката на вільне вираження своїх поглядів у контексті меж свободи розсуду під час ведення публічної дискусії, що має суспільний інтерес.

Ключові слова: адвокат, адвокатура, адвокатська діяльність, процесуальні гарантії, Європейський суд з прав людини.

The article is devoted to the analysis of the processes laying the foundation for the functioning of the domestic and European legal profession as well as to the study of procedural guarantees for defence lawyers' activity and deontological standards covered in the decisions of the European Court of Human Rights. The emphasis is placed on the priority importance of the observance of rights and guarantees of a defence lawyer for the development of a truly law-governed state.

The European Court of Human Rights has reiterated in its decisions that the right of every person charged with a criminal offense to an effective defence by a defence lawyer is a guarantee of a fair trial. In particular, the court indicated this in the decision in the case of *Yaremenko v. Ukraine* [1]. In our opinion, the high-quality and effective work of a defence lawyer aimed at protecting the client and the state's protection of defence lawyers' activity are elements of a fair trial. The respect for deontological foundations by a defence lawyer not only improves the quality of legal services but is also a guarantee of the observance of the right of every person to a fair trial. In this regard, the study of decisions of the European Court of Human Rights regarding guarantees of defence lawyers' activities is important for the development of a law-governed state.

The article pays special attention to the interception of information exchanged by a defence lawyer and a client, the disclosure of bank documents, searches and seizures conducted in law firms or at home. Since the decision of the ECHR, which found violations of the Convention in the interception of communications, wiretapping and covert surveillance (interception of information exchanged between a lawyer and a client), monitoring of law firms' telephone lines and covert surveillance of lawyers are important for the exercise of the right to a fair trial and for the observance of rights and guarantees of defence lawyers in their professional activity. Another important aspect of defence lawyers' activity is the freedom of a defence lawyer to freely express his/her views in the context of the margin of appreciation during a public debate of public interest.

Key words: defence lawyer, the Bar, defence lawyers' activities, procedural guarantees, the European Court of Human Rights.

Постановка проблеми. Європейський суд з прав людини (далі – ЄСПЛ, Європейський суд) у рішеннях неодноразово повторював, що право кожної особи, обвинувачуваної в учиненні кримінального правопорушення, на ефективний захист адвокатом є запорукою справедливого судового розгляду. Зокрема, про це суд зазначив у рішенні у справі «Яременко проти України» [1]. На нашу думку, якісна та ефективна робота адвоката, спрямована на захист клієнта й захист адвокатської діяльності з боку держави, є елементами справедливого судового розгляду. Дотримання деонтологічних засад адвокатом не лише покращує якість юридичних послуг, а і є запорукою дотримання права кожної особи на справедливий судовий розгляд. У зв'язку з цим дослідження рішень Європейського суду щодо гарантій адвокатської діяльності є важливим для розбудови правової держави.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Окремі загальні аспекти проблеми правового забезпечення функціонування адвокатури були представлені в низці праць науковців, серед яких – О.М. Дроздов та О.В. Дроздова, Т.Б. Вільчик, В.О. Попелюшко, В.М. Сущенко, І.Ю. Гловацький, О.Д. Святоцький та інші.

Не вирішені раніше проблеми стосуються відсутності наукового бачення вдосконалення інституту адвокатури, яке б ґрунтувалося на правових позиціях, висунутих Європейським судом.

Метою статті є аналіз позитивного досвіду та практики Європейського суду, яку бажано врахувати при формуванні сучасного законодавства щодо організації адвокатури в Україні та правозастосовної діяльності.

Виклад основного матеріалу. Захист адвокатської діяльності державою є допоміжним чинником адвоката

при наданні ефективного захисту клієнту та наданні якісних юридичних послуг. Голова комітету захисту прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності Національної асоціації адвокатів України Г.Л. Боряк наголошує на тому, що адвокат – це фахівець, який діє лише в рамках правового поля. Вихід за його межі не відповідає засадам адвокатської діяльності. Порушення в процесі діяльності можуть мати виключно дисциплінарний характер. І ця проста істина відома кожному цивілізованому громадянину, тим більше якщо він обіймає керівну посаду в правоохоронному або владному органі [2].

Історія інституту адвокатури та його традиції демонструють, що впродовж тривалого часу значення адвокатури применшувалося, а правовий статус адвокатів не знаходив належного законодавчого врегулювання, оскільки адвокатура як незалежний і відокремлений орган сформувався відносно недавно. Причиною цього є специфіка функцій, покладених на адвокатуру, її альтернативність органам державної влади. Проте варто констатувати наявність концептуальних проблем в організації та функціонуванні інституту адвокатури в країні, які породжують значні порушення прав адвокатів і загалом суттєво знижують рівень довіри до адвокатів, підривають авторитет адвокатури в Україні [3]. Визначення цих проблем стане першим етапом у їх подоланні.

Після ратифікації Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) та прийняття Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення Європейського суду слугують взірцевими й такими, що орієнтують судові та правоохоронні органи, адвокатів і правозахисників. Хоча Конвенція не містить окремої норми про права й обов'язки адвокатів, гарантовані нею права та свободи мають загальнолюдський характер, а тому поширюються й на професійну діяльність адвоката [4]. Проте практика Європейського суду розглядає діяльність адвоката через призму статей: 6, 8, 10, 11, і передбачених ними прав, які забезпечують як захист професійних прав і гарантій адвоката, так і його права як приватної особи.

Європейський суд у 2018 році опублікував аналітичний огляд практики «Привілеї юридичної професії», що містить низку рішень стосовно прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності в розумінні Конвенції основних прав і свобод. Зокрема, рішення, відповідно до яких установлено порушення Конвенції при перехопленні повідомлень, прослуховуванні й таємному нагляді (перехоплення інформації, якою обмінюються адвокат і клієнт), моніторингу телефонних ліній юридичних компаній, таємному спостереженні за юристами та правозахисниками. Також визнано обмеження щодо розголошення таємної інформації та права на справедливий суд [5]. У зв'язку з цим уважаємо, що положення, викладені в цьому огляді, мають бути детально розглянуті, а деякі аспекти огляду практики «Привілеї юридичної професії» використані для практичної діяльності правників.

ЄСПЛ пов'язує гарантії адвокатської діяльності з розкриттям банківських документів, таємним наглядом за адвокатом і перехопленням повідомлень, правом на таємницю кореспонденції, прослуховування розмов, моніторинг гарячих ліній адвокатів, обшуками та вилученням певних об'єктів при обшуку, правом на вільне вираження своїх поглядів тощо. Крім того, дискусійним залишається питання щодо обов'язків адвоката у сфері фінансового контролю.

Щодо розкриття банківських документів у кримінальних провадженнях суд висловився в рішенні по справі «Бріто Феррінью Бексіга Вілла-Нова проти Португалії» від 1 грудня 2015 року та констатував порушення статті 8 Конвенції, оскільки влада Португалії не забезпечила справедливий баланс між загальними інтересами та правом заявника на повагу до його приватного життя. Перегляд банківських документів (виписок із рахунків) заявника становив пору-

шення правил професійної конфіденційності заявниці, обов'язкових для неї через її професію адвоката. Суд також дійшов висновку, що в справі було допущено низку процесуальних порушень. Зокрема, справа щодо скасування професійної таємниці слухалася за відсутності заявника, що позбавило його можливості подати свої заперечення. Крім того, процесуальним порушенням вимог національного законодавства стало те, що не було залучено висновку Спілки юристів до матеріалів справи.

Особливу увагу суд приділив питанню перехоплення повідомлень і таємного нагляду (спостереження). Оскільки існують випадки, коли під час відвідування слідчих ізоляторів, колоній працівники цих установ не лише проводять огляд речей адвоката, а й перевіряють, які саме документи несе адвокат і чи мають вони відношення до кримінального провадження. Такі дії є неправомірними, оскільки порушують адвокатську таємницю. Також наявні випадки розташування місця, де тримається ув'язнений під час спілкування з адвокатом (зазвичай певної огороженої клітки) у слідчому кабінеті СІЗО, на достатньо великій відстані від столу адвоката, щоб розмовляли голосно й розмову можна було прослухати. Двері, які щільно не зачиняються в слідчих кабінетах, теж дають змогу прослуховувати розмови адвоката та клієнта. Проводяться ремонти, де встановлюються великі оглядові вікна, щоб спостерігати за роботою адвоката. Установлюються прослуховувальні пристрої в кабінетах, у яких адвокати надають правову допомогу клієнту. Порушення адвокатської таємниці відбувається й з боку конвою, коли адвокат передає підзахисному документи, конвою намагається «з'ясувати», що в цих документах написано [6]. У справі «Лоран проти Франції» від 24 травня 2018 року ЄСПЛ установив наявність порушення ст. 8 Конвенції у зв'язку з перехопленням офіцером поліції паперів, які адвокат-заявник передав своїм клієнтам, поки вони знаходилися у вестибюлі приміщення суду. Європейський суд, зокрема, зазначив, що складений аркуш паперу, на якому адвокат написав повідомлення перед тим, як передавати його своїм клієнтам, був конфіденційним листуванням у значенні статті 8 Конвенції. Він також підкреслював, що зміст документів, перехоплених поліцейським, не має значення, урахувавши те що незалежно від його мети листування між адвокатами та їхніми клієнтами стосувалося питань конфіденційного характеру. У цій справі заявник, що був адвокатом, написав і передав ці папери своїм клієнтам у присутності начальника конвою, не намагаючись приховати своєї дії. За відсутності будь-яких підозр про вчинення протиправного діяння перехоплення документів не може бути виправданим.

Ще одним неправомірним втручанням у роботу адвоката, яке стало предметом розгляду ЄСПЛ, є таємне прослуховування та моніторинг телефонних ліній юридичних компаній. Відповідно до Звіту про порушення прав адвокатів і гарантій адвокатської діяльності у 2016–2017 роках, до НААУ з приводу здійснення негласних слідчих дій повідомляли адвокати Р.В. Бабенко, Г.Л. Боряк, О.В. Ярмола, Ю.В. Демченко, О.М. Іскізаров. Офіційно встановити законність чи незаконність проведення негласних слідчих дій під час їх здійснення практично неможливо, оскільки правоохоронні органи у відповідь на такі звернення повідомляють, що сам собою характер таких дій обумовлює те, що факт їх проведення не підлягає розголошенню, при цьому посилаючись на положення статті 253 Кримінального процесуального кодексу України, відповідно до якого особи, конституційні права яких були тимчасово обмежені під час проведення негласних слідчих дій, мають бути письмово повідомлені прокурором або за його дорученням слідчим про таке обмеження протягом дванадцяти місяців з дня припинення таких дій. Варто зазначити, що здебільшого працівники правоохоронних органів, звертаючись до суду з клопотанням про дозвіл на негласні слідчі

дії: прослуховування мобільного телефону, не зазначають у клопотанні номер мобільного телефону, а обмежуються виключно посиланням на IMEI та не повідомляють слідчому судді, кому саме належить телефон. Уважаємо, що в разі проведення таких дій стосовно адвоката буде відбуватися неправомірне втручання в адвокатську діяльність. У справі «Копп проти Швейцарії» від 25 березня 1998 року зазначається, що підключення з метою прослуховування телефонних розмов до телефонних ліній адвокатської контори за розпорядженням Федерального прокурора порушило право на повагу до приватного життя. Так, дружина заявника, адвоката Ханса В. Коппа, була членом швейцарського уряду – Федеральної ради – як глава Федерального департаменту у справах правосуддя й поліції. Вона була змушена вийти зі складу Федеральної ради й подати у відставку за підозрою в передачі секретних відомостей заявнику, який використовував їх на користь одного з клієнтів його контори. Але проведене згодом розслідування показало безпідставність цих звинувачень. Суд констатував порушення статті 8 Конвенції, установивши, що швейцарське законодавство не вказувало з достатньою чіткістю обсяг і спосіб (межі) здійснення розсуду влади щодо цього питання. Отже, він уважав, що заявник як адвокат не користувався мінімальним ступенем захисту, який вимагає верховенство права в демократичному суспільстві. Суд, зокрема, зазначив, що, попри те що прецедентна практика Федерального суду Швейцарії встановила принцип, що професійні гарантії охоплюють лише відносини між адвокатом і його клієнтами, закон чітко не визначає, яким чином, за яких умов і ким установлюється різниця між питаннями, які пов'язані конкретно з роботою адвоката, і тими, що стосуються діяльності, відмінної від адвокатської. Окрім цього, це завдання було покладено на посадову особу юридичного відділу поштового зв'язку, яку було прирівняно до виконавчої влади. Досліджуючи питання прослуховування телефонних ліній адвокатів, не можна не згадати справу «Прутеану проти Румунії», де співвідноситься перехоплення телефонних розмов адвоката та нездатність останнього оскаржити законність такого заходу. У цій справі заявник скаржився, що відбулося втручання в його приватне життя й порушено таємницю кореспонденції. ЄСПЛ, проаналізувавши обставини цієї справи, установив, що порушено статтю 8 Конвенції, виходячи з того що застосоване втручання пропорційно не відповідало легітимній меті – установлення істини в кримінальному провадженні, а заявник не мав ефективних засобів, установлених законом, які б здатні були обмежити відповідне втручання, що оскаржується, і таке, що було необхідним у демократичному суспільстві. Також ЄСПЛ нагадав, що перехоплення розмов між адвокатом і його клієнтом є безумовним порушенням професійної таємниці, яка є основою взаємовідносин посередництва й довірчих відносин між адвокатом і його клієнтом.

Питання таємного спостереження за адвокатом під час здійснення останнім професійної діяльності розкривається в рішенні ЄСПЛ по справі «Клас та інші проти Німеччини». У цьому випадку заявниками, п'ятьма німецькими юристами, оскаржувалося законодавство ФРН, що надавало органам влади повноваження контролювати їхню кореспонденцію та телефонні розмови, не зобов'язуючи владу згодом повідомляти їх про вжиті проти них заходи, що виключало можливість оскарження цих заходів у судовому порядку [7]. Проаналізувавши обставини цієї справи, ЄСПЛ вирішив, що було відсутнє порушення статті 8 Конвенції, тому що німецький законодавчий орган уважав за доцільне розглянути втручання, яке впливало з оскаржуваного законодавства, з використанням права, гарантованого пунктом 1 статті 8, посиляючись на необхідність у демократичному суспільстві та інтереси національної безпеки для запобігання зловживанням або злочину (пункт 2 статті 8). Зокрема, Суд зазна-

чив, що повноваження з таємного нагляду за громадянами є характерними рисами «поліцейської держави». Для Конвенції такі повноваження є прийнятними лише в тому обсязі, який є суттєво необхідним для захисту інституцій демократії. Проте, відзначаючи, що зараз над демократичними суспільствами нависла загроза витончених форм тероризму та шпигунства, держава повинна мати можливість ефективно протидіяти відповідним загрозам, уживати заходи щодо здійснення таємного спостереження за підривними елементами. З наведеного рішення представникам вітчизняної правової системи доречно зробити висновок, що дуже важливо на законодавчому рівні встановити межі такого втручання.

Адвокати в діяльності доволі часто стикаються з порушенням таємниці кореспонденції. У продовження цього питання важливо зазначити про рішення ЄСПЛ у справі «Кемпбелл проти Сполученого Королівства», де Суд наголосив, що відносини між адвокатом і клієнтом за своєю суттю є привілейованими відносинами, а тому в цьому контексті кореспонденція, хоч би яким було її призначення, має приватний і конфіденційний характер [8]. Стаття 8 Конвенції не «абсолютизує» захист кореспонденції між адвокатом і його клієнтами й, навпаки, допускає можливість органів влади втручатися в це право, але лише відповідно до закону й за необхідності в демократичному суспільстві, в інтересах національної та громадської безпеки або економічного добробуту країни, з метою запобігання злочинам чи зворушенням, для захисту здоров'я чи моралі або з метою захисту прав і свобод інших осіб. Тобто важливим для такого втручання є регламентація на національному рівні та визначення чітких підстав, коли таке втручання можливе.

У справі «Мішо проти Франції» від 6 грудня 2012 року предметом розгляду стала скарга стосовно невідповідності професійних правил щодо обов'язку адвокатів повідомляти орган фінансового контролю про кошти клієнтів, які, на їхню думку, можуть бути отримані незаконним шляхом, наприклад, «відмиванням». Наведена ситуація є найбільш дискусійною, проте Європейський суд констатував відсутність порушення Конвенції, оскільки професійна таємниця адвокатів не є абсолютною. Суд також зазначив, що обов'язок повідомляти про підозру стосується лише діяльності, віддаленої від довіреної адвокатам місії захисту.

На думку А.В. Іванцової, найпоширенішою і найактуальнішою для України є група справ, яка стосується порушень статті 8 Конвенції «Право на повагу до приватного і сімейного життя», мається на увазі недоторканність житла [9]. Так, наприклад, справа «Німітц проти Німеччини» стосується обшуку офісу адвоката під час кримінальної справи за погрози на адресу судді. Суд установив порушення статті 8 Конвенції, оскільки втручання з боку державних органів не було пропорційним законній меті – запобіганню вчиненню злочину та захисту прав інших осіб. Правопорушення, яке містило, окрім образи, спробу чинити тиск на суд, не може бути кваліфіковане більш як другорядне, однак ордер на обшук був виданий на всю документацію адвоката. Так, із цього випливає положення українського законодавства щодо обов'язку конкретизувати в ухвалі речі, які планується знайти в ході обшуку. У ході обшуку було оглянуто чотири шафи, які містили дані, що мали відношення до інших клієнтів, а також шість особистих досьє та інші матеріали, що можуть підпадати під це поняття за статтею 8 Конвенції. У зв'язку з цим Суд зазначив, що посягання на професійну таємницю адвоката може мати наслідки для належного здійснення правосуддя й тим самим порушити право на справедливий суд. Крім того, супровідний розголос міг негативно вплинути на професійну репутацію заявника.

ЄСПЛ у рішеннях неодноразово вказував, що поняття «житло», яке згадується в статті 8 Конвенції, потрібно тлумачити широко, до нього вклячається місця діяльності

фізичних осіб різних професій, у тому числі й адвокатів. Тому всі гарантії, які закріплює статтею 8, поширюються й на офіс адвоката [10]. Допільно звернути увагу на те, що в низці держав-учасниць ЄС поняття «житло» відповідає французькому слову «domicile» й має широке значення та поширюється на службові приміщення [11]. У рішенні «Смірнов проти Росії» в адвоката було проведено обшук, вилучено документи та центральний блок комп'ютера як речові докази по справі, у якій захисник виступав на стороні відповідача. Він подав скаргу до суду, у якій заявив про порушення прав його клієнта на захист у результаті такого вилучення. Суд відхилив скаргу, мотивуючи це тим, що обшук у його квартири переслідував законні цілі й процедуру обшуку порушено не було. ЄСПЛ у рішенні вказав, що, оскільки сам заявник не перебував під підозрою в скоєнні кримінального злочину, обшук був проведений без достатніх і відповідних підстав або гарантій захисту від втручання в професійну таємницю, що дало «міліції» свободу самостійно визначати, що підлягає вилученню. Отже, внутрішньодержавні органи влади не змогли виконати свій обов'язок з надання «відповідного й достатнього» обґрунтування для видачі ордеру на обшук. У результаті проведенням обшуку скоєно замах на професійну таємницю тією мірою, що не відповідає будь-якій законній меті, яку переслідували органи влади [12]. Отже, обшук у кабінеті (офісі) адвокатів і вилучення документів являє собою втручання в реалізацію прав адвокатів, що впливають із пункту 1 статті 8 Конвенції. Проводячи аналіз дій правоохоронних органів під час обшуку в приміщенні адвокатів, також варто навести рішення ЄСПЛ по справі «Андре й інші проти Франції» [13].

Ще одним важливим аспектом адвокатської діяльності є свобода адвоката на вільне вираження своїх поглядів. У справі «Отегі Мондрагон проти Іспанії» суд дійшов до висновку, що в разі ведення публічної дискусії, яка має суспільний інтерес, межі свободи розсуду, яку мала влада при

оцінці необхідності призначення покарання за певні висловлювання, були особливо вузькими [14]. Слова для адвоката є рівноцінними скальпелю для хірурга. Тому висловлювання, іноді й жорсткі, не мають бути обмежені заради правосуддя та незалежності адвоката й адвокатури загалом.

У рамках цього питання неможливо залишити поза увагою справу «Л. П. та Карвалло проти Португалії» щодо свободи слова адвокатів, які висловлювали критику щодо дій суддів. У цій справі заявників (адвокатів) було притягнуто до відповідальності за скарги на суддів до Вищої ради правосуддя та до суду. ЄСПЛ установив, зокрема, що заявники виконували свої професійні обов'язки адвокатів. Суд також уважав, що покарання могли мати негативний, «такий, що приборкує», вплив на професію адвоката загалом, особливо щодо захисту адвокатами інтересів своїх клієнтів. Отже, причини, наведені національними судами для обґрунтування визнання відповідальності заявників, не були ані актуальними, ані достатніми, не відповідали нагальній соціальній потребі. Отже, втручання не було пропорційним і необхідним у демократичному суспільстві. Рішення ЄСПЛ доводять, що судді можуть законно піддаватися критиці в установлених межах. Критика є інструментом адвоката. Адвокат у діяльності може надавати критиці не лише дії суддів в оскаржуваних рішеннях, а й критикувати позицію іншої сторони по справі [15].

Висновки. Отже, розбудова правової держави є неможливою без створення гарантій для захисту й забезпечення механізму функціонування такого специфічного демократичного інституту, яким є адвокатура. І хоча інститут адвокатури не уповноважений на те, аби спеціально стежити за дотриманням прав і свобод людини, не може застосовувати заходи примусу в разі їх порушення, але він за своєю сутністю є специфічним засобом контролю за дотриманням законів у процесі здійснення правосуддя. Тому держава зі свого боку має захищати незалежну адвокатську діяльність.

ЛІТЕРАТУРА

1. Рішення Євросуду з прав людини. П'ята секція. Справа «Яременко проти України» (заява № 32092/02). Страсбург, 12.06.2008, остаточ. 12.09.2008. URL: http://zakon1.rada.gov.ua/laws/show/974_405.
2. Боряк Г.Л. Ситуація, в якій опинилася країна, базується не на силі права, а на праві сили. *Закон і Бізнес*. 2020. Вип. 51 (1505). URL: https://zib.com.ua/ua/146086-situaciya_v_yakiy_opinilasya_kraina_bazuetsya_ne_na_sili_pra.html.
3. Яновська Л.О. Свобода вираження поглядів як ознака незалежності адвокатури. *Адвокат* : веб-сайт. URL: <https://iadvocate.com.ua/svoboda-vyrazhennya-poglyadiv-yak-oznaka-nezalezhnosti-advokatury/>.
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Ратифікована Законом України від 17.07.1997 № 475/97-ВР. URL: http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=995_004.
5. Привілеї юридичної професії / переклад О. Дроздова та О. Дроздової. URL: https://unba.org.ua/assets/uploads/3c4d83633d6ce7461d5e_file.pdf.
6. Звіт про порушення прав адвокатів та гарантій адвокатської діяльності в Україні / Національна асоціація адвокатів України, 2013–2018 рр. URL: [http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB\(1\).pdf](http://unba.org.ua/assets/uploads/news/novosti/UNBA_Zahyst_Adv_2018_UKR_WEB(1).pdf).
7. Гарантії адвокатської діяльності: ЄСПЛ навів ключові рішення / Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія адвокатури Київської області. URL: <http://kdkako.com.ua/garantii-advokatskoi-diyalnosti/>.
8. Judgment Campbell and Fell v. United Kingdom. Application no. 7819/77; 7878/77/28.06.1984. Strasbourg. URL: http://www.hist.msu.ru/ER/EText/Campbell_and_Fell_v.United_Kingdom.
9. Іванцова А.В. Міжнародно-правовий захист прав адвокатів. *Адвокат*. 2011. № 12 (135). С. 27–29. URL: http://www.irbis-nbuv.gov.ua/cgi-bin/irbis_nbuv/cgiirbis_64.exe?C21COM=2&I21DBN=UJRN&P21DBN=UJRN&Z21ID=&Image_file_name=PDF%2Fadv_2011_12_5.pdf&IMAGE_FILE_DOWNLOAD=0.
10. Постановление Европейского суда по правам человека от 16 декабря 1992 года (жалоба № 13710/88: Нимитц против Германии (Niemietz v. Germany)). URL: <http://european-court.ru/resheniya-evropejskogo-suda-na-russkom-yazyke/nimitc-protiv-germanii-postanovlenie-evropejskogo-suda/>.
11. Дуюнов А.Г. Крымский Д.И. Профессиональная тайна адвоката в практике Европейского суда по правам человека. *Налоговед* : журнал для профессионалов в налогообложении. 2009. URL: <http://nalogoved.ru/art/883>.
12. Legal professional privilege. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Legal_professional_privilege_ENG.pdf.
13. Островська М.А. Практика ЄСПЛ в контексті обшуків у адвокатів. *Юридичний вісник*. 2016. № 33. URL: <https://unba.org.ua/publications/print/1730-praktika-espl-v-konteksti-obshukiv-u-advokativ.html>.
14. Рішення ЄСПЛ у справі «Отегі Мондрагон проти Іспанії» (Otegi Mondragon v. Spain) від 15 березня 2011 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117512>.
15. Sarmiento D. Defamation of Judges and the Limits of Freedom of Expression of Lawyers. The ECHR rules in the case of L.P. and Carvalho versus Portugal. *Human Rights, Justice & EU Litigation*. 2019. URL: <https://eulawlive.com/blog/2019/10/11/defamation-of-judges-and-the-limits-of-freedom-of-expression-of-lawyers-the-echr-rules-in-the-case-of-l-p-and-carvalho-versus-portugal/>.

ОБОВ'ЯЗКОВА УЧАСТЬ АДВОКАТІВ У НАДАННІ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ: ПОЗИТИВНІ АСПЕКТИ ТА ДОЦІЛЬНІ ЗМІНИ В ЗАКОНОДАВСТВІ

MANDATORY PARTICIPATION OF ATTORNEYS IN PROVIDING FREE SECONDARY LEGAL AID: POSITIVE ASPECTS AND EXPEDIENT CHANGES IN LEGISLATION

Рамазанова С.Р., студентка V курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Стаття присвячена такій нагальній, на думку автора, проблемі, як необхідність обов'язкового включення всіх адвокатів у Реєстр адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу в Україні. Право на безоплатну вторинну правову допомогу (далі – БВПД) – це конституційне право кожного громадянина, яке надається у встановлених законом випадках. Зазначена необхідність обґрунтовується тим, що наявне нині негативне втручання держави у здійснення БВПД не дає змогу адвокатській спільноті перебувати осторонь.

Крім цього, у статті наведено думки відомих адвокатів України, а також осіб, котрі безпосередньо знаходяться у системі безоплатної правової допомоги (далі – БПД). Автор вказує на певні зміни, які доцільно було б включити у законодавство задля покращення функціонування системи БВПД в Україні. Особливо важливою зміною є надання БВПД тим адвокатом, якого обирає сам клієнт. Ця можливість, на думку автора, гарантує максимальне дотримання усіх принципів адвокатської етики для клієнтів, які часто користуються послугами адвокатів чи то як представниками, чи то як захисниками, та сприятиме загалом створенню довірчих відносин між адвокатом та клієнтом. Зокрема, це принципи недопустимості конфлікту інтересів, пріоритету інтересів клієнта та конфіденційності.

Підкреслено твердження про те, що держава повинна виходити з питань якості, ефективності та оперативності призначення адвокатів. Право на вільний вибір адвоката під час надання БВПД розглядається крізь призму положень Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Проаналізовано поняття «безкорисливість» як якості, необхідна для адвоката у його професійній діяльності, а також у контексті праці М. Молло «Правила адвокатської професії у Франції» та українських Правил адвокатської етики (далі – ПАЕ). Підіймається питання необхідності внесення до ПАЕ положень-визначень основних етично-моральних якостей, які мають бути притаманні кожному адвокату, такі як безкорисливість, чесність, помірність тощо, які проголошуються у правилах адвокатської діяльності іноземних держав.

Ключові слова: адвокат, надання безоплатної правової допомоги, безоплатна вторинна правова допомога, принципи адвокатської етики, правила адвокатської етики.

The article is devoted to such an urgent issue, in author's opinion, as the need to include all lawyers in the Register of Lawyers, who providing free secondary legal aid in Ukraine. The right to free secondary legal aid (hereinafter – BVPD) is a constitutional right of every citizen, which is provided in cases established by law. This need is justified by the fact that the current negative state intervention in the implementation of the BVPD does not allow the legal community to stay away.

In addition, the article presents the opinions of well-known Ukrainian lawyers, as well as people who are directly in the system of free legal aid (hereinafter – BPD). The author points out certain changes that should be included in the legislation to improve the functioning of the BVPD system in Ukraine. A particularly important change is the provision of BVPD by the lawyer chosen by the client. This possibility, according to the author, ensures maximum adherence to all principles of legal ethics for clients who often use the services of lawyers, either as representatives or as defenders, and will contribute to a generally trusting relationship between the lawyer and the client. In particular, these are such principles as the principle of inadmissibility of conflict of interest, priority of client's interests and confidentiality.

The author emphasizes that the state should proceed from the issues of quality, efficiency and efficiency of appointment of lawyers. The right to free choice of lawyer in the provision of BVPD is viewed through the prism of the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

The concept of "selflessness" is analyzed as a quality necessary for a lawyer in his professional activity, as well as in the context of Mollo's work "Rules of the legal profession in France" and the Ukrainian Rules of Advocacy (hereinafter – PAE). The article raises the question of the need to include in the PAE provisions the definition of the basic ethical and moral qualities that must be inherent in every lawyer, such as selflessness, honesty, moderation and others, which are proclaimed in the rules of advocacy of foreign states.

Key words: lawyer, free legal aid, free secondary legal aid, principles of lawyer ethics, rules of lawyer ethics.

Якщо замислитися над питанням про те, яким повинен бути справжній адвокат, то можна зазначити безліч основоположних якостей, зокрема незалежність, принциповість, красномовність, феноменальна пам'ять, уважність до деталей, сумлінність. Проте, на мою думку, основна риса природженого адвоката – це саме безкорисливість.

2 червня 2011 року Верховною Радою України було прийнято Закон України «Про безоплатну правову допомогу» (далі – Закон), що стало стартом розвитку системи безоплатної правової допомоги. 6 червня 2012 року Урядом утворено Координаційний центр з надання правової допомоги – першу установу системи БПД [1].

Право на безоплатну правову допомогу – це гарантована Конституцією можливість громадянина України, іноземця, особи без громадянства, у тому числі біженця чи особи, яка потребує додаткового захисту, отримати в повному обсязі безоплатну первинну правову допомогу, а також можливість певної категорії осіб отримати без-

оплатну вторинну правову допомогу у випадках, передбачених законом [2].

1 січня 2013 року розпочали працювати регіональні центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги, на які покладено функцію надання БВПД підозрюваним та обвинуваченим у кримінальному провадженні, затриманим, заарештованим та засудженим. 1 липня 2015 року 100 місцевих центрів з надання безоплатної вторинної правової допомоги розпочали роботу у всіх регіонах України, завершується інституційний розвиток системи БПД створенням понад 400 бюро правової допомоги у районних центрах та малих містах з 1 вересня 2016 року [1].

Відповідно до пункту 3 Прикінцевих та перехідних положень Закону України «Про безоплатну правову допомогу», з 1 січня 2013 року центри з надання безоплатної вторинної правової допомоги забезпечили надання вторинної правової допомоги таким категоріям осіб, як особи, до яких застосовано адміністративне затримання

чи адміністративний арешт; підозрювані у вчиненні злочину особи, які затримані органами дізнання та слідства; особи, до яких як запобіжний захід вибрано взяття під варту; особи, у справах яких, відповідно до положень Кримінально-процесуального кодексу України, участь захисника є обов'язковою.

«Є багато форм, у яких адвокати надають правову допомогу – приватна практика, *pro bono*, співпраця з системою безоплатної правової допомоги. Ми розуміємо, що безоплатна правова допомога – це соціальний проект держави, спрямований на забезпечення рівного доступу до правосуддя всіх незахищених і малозабезпечених категорій українців. Адвокати співпрацюють із системою БПД від самого початку її створення. І це є почесною соціальною місією для багатьох представників адвокатського середовища», – зазначив голова Наглядової ради Координаційного центру з надання правової допомоги, керівник Секретаріату Національної асоціації адвокатів України Вадим Красник.

Ці слова Вадима Красника можна назвати відлунням положення, прописаного відомим французьким метром М. Молло у його Правилах адвокатської професії у Франції: «Безкорисливість, приписувана професією, вимагає, щоб адвокат задовольнявся скромним гонораром, щоб, в разі неспроможності клієнта, він вів його справу безоплатно з таким же завзяттям і старанністю, як справу найбагатшої людини» [3].

Аналізуючи вітчизняні Правила адвокатської етики зі змінами, затвердженими 3-тм з'їздом адвокатів України 15 лютого 2019 року, відзначаємо, що ніяких положень, присвячених питанню важливості участі у системі БПД, або будь-якої вказівки на те, як важлива безкорисливість у професії адвоката з етичної точки зору, немає.

Взагалі, на мою думку, було б доречно прописати у ПАЕ певні положення-дефініції, які б визнали значення таких морально-етичних якостей адвоката, як чесність, безкорисливість, помірність, задля вироблення певних стандартів поведінки адвоката в Україні.

ПАЕ згадують про БПД у статтях 8, 10, 14, 15, 17, 28, 35, проте всі вони тільки регламентують застосування загальних принципів адвокатської діяльності у процесі надання безоплатної допомоги. Окремо етичним засадам надання БПД присвячена стаття 41 ПАЕ, однак це суто формальна норма, яка ніяк не відбиває специфіку взагалі надання безоплатної допомоги і, відповідно, певну особливу поведінку адвоката, необхідну під час надання такої допомоги.

Система БПД, враховуючи наявність адвокатської монополії на здійснення представництва та захисту осіб, є фактично складовою частиною системи органів адвокатури, тому участь кожного адвоката у ній, на моє переконання, є обов'язковою. Насамперед це необхідно задля недопущення свавілля держави, яка втручається у діяльність надання БПД через наявність використання бюджетних коштів.

Голова Національної асоціації адвокатів України, Ради адвокатів України Лідія Ізвітова на Всеукраїнському форумі «Україна 30. Розвиток правосуддя», який відбувся у березні 2021 року, зазначила: «Ми побачили, як адвокати БПД почали отримувати певні преференції. Наприклад, особа, яка затримується і може сама себе забезпечити адвокатом за договором, але її адвокат не потрапить до СІЗО. Йому не повідомлять ні прізвища слідчого, він буде обмежений у доступі до свого клієнта. Натомість адвоката БПД швиденько проведуть до клієнта і повідомлять про те, що він має надавати допомогу. Ми побачили, як в суді, коли адвокат БПД каже, що я відмовляюсь захищати клієнта, бо не можу за 24 години опанувати матеріали справи і опрацювати позицію. Але йому відмовляють і не задовольняють вимогу. Кажуть: сидіть і будьте, як то кажуть, статистом у цій справі. Але в процесуальних судових документах буде написано, що справа розгляда-

лася за участю захисника і людина начебто мала захист» [7]. Ця інформація вказує на наявність корупційної складової частини у системі БВПД, яка створилася за часи існування безоплатної правової допомоги в Україні. Якщо всі адвокати будуть входити до системи БВПД, то «домовитися» буде складніше, а якщо такі випадки все ж таки будуть траплятися, то прискіпiti їх можна, діючи вже зсередини цієї системи. У такий спосіб буде підтримуватися та активно захищатися принцип незалежності та свободи адвоката у здійсненні адвокатської діяльності вже всіма адвокатами, які стануть частиною зазначеної системи.

Обов'язкова участь адвоката у системі БВПД повинна мати під собою скасування конкурсу задля отримання права на таке надання допомоги, адже якщо проаналізувати етапи цього конкурсу, то можна дійти висновку, що адвокатський іспит є більш ширшим та включає всі ці питання. Адвокати з отриманням свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю автоматично повинні потрапляти у реєстр адвокатів, у якому містяться відомості про адвокатів, які можуть залучатися до надання безоплатної вторинної правової допомоги відповідно до Порядку і умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі, затверджених Постановою Кабінету Міністрів України від 11 січня 2012 року № 8. Таким чином, молоді адвокати одразу матимуть змогу отримувати доручення від Координаційного центру з надання правової допомоги та знаходити собі потенційних постійних клієнтів.

Окрім цього, взаємодія адвокатів і центрів з надання БВПД не обмежується лише виданням доручень для захисту порушених прав клієнтів. Адвокати, які нещодавно почали співпрацювати із системою БПД, отримують менторську підтримку від колег-адвокатів, які давно надають БВПД, від менеджерів з якості, які працюють у кожному регіональному та місцевому центрі, тобто система БПД ще дає можливість адвокатам підвищувати свою кваліфікацію, адже для них регулярно проводяться круглі столи, семінари, тренінги [4]. «Участь у таких заходах передусім допомагає отримати нові знання, обмінятися досвідом, спільно обговорити найактуальніші правові питання та кейси. Це ще одна сходинка до професійного зростання, це нові знайомства та можливість дізнатися ту корисну інформацію, яка знадобиться під час надання правової допомоги нашим клієнтам», – говорить директорка Регіонального центру з надання БВПД у Сумській області Олена Демченко.

Голова комітету НААУ Ярослав Зейкан у своєму інтерв'ю зазначив, що держава витрачає значні кошти, надаючи безоплатну правову допомогу також забезпеченим особам, які здатні самостійно оплатити послуги адвоката. В такому разі інші адвокати залишаються без роботи, оскільки справи розподіляються між адвокатами системи БПД [6]. Таким чином, включення усіх адвокатів до Реєстру адвокатів з надання БВПД благотворно сприятиме зайнятості усіх адвокатів.

Крім цього, варто запровадити механізм, за допомогою якого клієнт міг би під час отримання БВПД обрати того адвоката, з яким він уже співпрацював, або будь-якого іншого за своїм бажанням. Про це також говорила Лідія Ізвітова на форумі «Україна 30. Розвиток правосуддя»: «Люди мають визначати такого адвоката і держава має надати їм ті кошти, які виділені на БПД, у вигляді сертифіката, чека тощо» [7]. Нинішні положення законодавства взагалі сприяють дискримінації клієнтів за матеріальною та майновою ознакою, що є порушенням одразу комплексу статей Європейської конвенції з прав людини, а саме статей 6 та 14, тому що виходить, що особи, які мають фінансові ресурси, мають також можливість вільно обирати собі адвоката, тоді як ті, хто не має таких ресурсів, не мають

права вибору та змушені погодитися на адвоката, якого їм надасть Центр безоплатної правової допомоги.

Як зазначив в.о. директора Координаційного центру з надання правової допомоги Олександр Баранов, «адвокати є важливими партнерами системи безоплатної правової допомоги. Завдяки їм тисячі клієнтів мають можливість розв'язати свої життєві проблеми у правовий спосіб, повірити у силу закону. Адвокати, включені до Реєстру адвокатів, які надають безоплатну вторинну правову допомогу, є суб'єктами надання БВПД. Наразі у цьому реєстрі нараховується 7 553 адвокати. У 2020 році центри з надання БВПД уклали понад 3,2 тис. контрактів з адвокатами». Варто також зазначити, що чим більше адвокатів буде входити до системи БВПД, тим більше буде конкуренція у ній, особливо за умови надання клієнтам свободи вибору адвоката. Це приведе до підняття рівня надання правової допомоги у сфері БПД, який зазвичай суспільство вважає достатньо низьким.

Окрім усього вищезазначеного, такі зміни у системі БВПД дадуть змогу максимально зберегти дотримання усіх принципів адвокатської етики для клієнтів, які часто користуються послугами адвокатів чи то як представниками, чи то як захисниками. По-перше, через те, що можна бути обрати «свого» адвоката під час отримання безоплатної допомоги, буде якнайкраще зберігатися пріоритет інтересів клієнта, тому що знайомий адвокат уже знає напевно, які цілі та інтереси його клієнт переслідує у своєму житті. По-друге, неприпустимість конфлікту інтересів буде мінімізуватися з урахуванням того, що у минулій співпраці адвоката з відповідним клієнтом такого конфлікту не було. По-третє, принцип конфіденційності буде підтриманий найбільш точно, бо клієнту не доведеться заново розповідати про себе й, можливо, про певні минулі справи новому адвокату, адже його діло, тільки вже на безоплатній основі, буде вести «старий» захисник. Найголовніше, це загалом сприятиме зміцненню створенню довірчих відносин із клієнтом. Довіра – це соціологічна та психологічна категорія для позначення відкритих, позитивних взаємовідносин між людьми, що відображають впевненість у порядності та доброзичливості іншої сторони, з якою довіритель перебуває в тих чи інших відносинах. Налагодження довірчих відносин між адвокатом та клієнтом – це робота перш за все адвоката. Саме він повинен продемонструвати свою налаштованість на плідну працю, спрямовану на захист та підтримання інтересів клієнта, головне, на кожному етапі бути чесним з ним. Якщо вдається досягти у стосунках з певним адвокатом повної згоди, то потім дуже складно буде перелаштуватися на співпрацю з іншим.

Окрім цього, варто підкреслити, що принцип поваги до адвокатської професії перейде на більш високий рівень, адже якщо всі адвокати приєднуються до надання БВПД, то буде подолано певний бар'єр, який, можливо, існує між адвокатами, які надають правову допомогу виключно на платній основі, та адвокатами, які поєднують практику надання безоплатної та платної допомоги.

Якщо ж звернути увагу на те, які витрати повинна понести держава на утримання системи БПД, до якої увійдуть усі адвокати України, то можна зазначити, що бюджет на забезпечення формування та функціонування системи БПД у 2019 році складає 390,5 млн. грн., а бюджет на оплату послуг та відшкодування витрат адвокатів з надання БВПД – 337, 7 млн. грн. При цьому, як зазначає Лідія Ізвітова, за результатами аналізу витрачених державних коштів на систему БПД, проведеного експертами НААУ, лише 30% йдуть на потреби людей, решта – на організаційні заходи, які не потрібні державі [7]. Звісно, вищезазначені зміни призведуть до збільшення витрат на утримання БВПД та оплату роботи адвокатів. Виходом із цієї проблеми вбачаю, наприклад, скорочення бюджетних місць у юридичних ВНЗ.

На завершення хочу зазначити, що, звичайно, будуть адвокати, які посилатимуться на те, що втратять величезну частину гонорарів у зв'язку з тим, що їхні платоспроможні клієнти відтепер будуть охоче користуватися безоплатною допомогою, коли вона буде передбачена законодавством, замість того, щоб відмовитися від неї і звернутися за захистом до свого особистого адвоката, адже тепер останній може надати правову допомогу безоплатно. У такому разі слід наголосити на тому, що БВПД передбачає, що гроші за її надання не стягуються саме з клієнта, однак адвокат все одно отримує гонорар за свою роботу, тільки від держави. Крім цього, зрозуміло, що надання БПД адвокатами не може беззастережно примушуватися. Варто передбачити можливість відмови від перебування у Реєстрі з обов'язковим зазначенням підстав такого виходу, перелік яких також має бути прописаний у законодавчих актах.

Для адвокатів, які категорично не бачать себе у ролі мецената з надання правової допомоги, М. Молло також має золоте правило: «Як б не посідав адвокат чільне місце, він не повинен відмовлятися від справ незначних, інакше його запідозрять або в користолюбстві, або в зарозумілості. Похвальним винятком з цього правила є той випадок, коли адвокат передає незначні справи більш юним побратимам, допомагаючи їм, таким чином, на початку їхньої кар'єри» [3].

Однак, з іншого боку, на моє глибоке переконання, є адвокати, які загалом готові були б надавати БВПД, проте з огляду на те, що система БПД в Україні продовжує витрачати бюджетні гроші неефективно та непрозоро, що, зрештою, має негативні наслідки як для адвокатів БВПД, які не можуть забезпечити належне надання правових послуг клієнтів і збереження адвокатської таємниці через незадовільні умови праці, що існують у деяких центрах БВПД, так і для кінцевих одержувачів правової допомоги, адвокати стикаються з етичною або професійною дилемою: діяти в найкращих інтересах своїх клієнтів і не одержати за це жодної винагороди або ж таки вибрати свою вигоду та надавати послугу на платній договірній основі.

ЛІТЕРАТУРА

1. Безоплатна правова допомога / Роз'яснення Мін'юсту. URL: https://minjust.gov.ua/legal_aid (дата звернення: 02.04.2021).
2. Про безоплатну правову допомогу : Закон України від 2 червня 2011 року № 3460-VI. *Відомості Верховної Ради України (ВВР)*. 2011. № 51. Ст. 577. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3460-17> (дата звернення: 02.04.2021).
3. Молло М. Правила адвокатської професії во Франції / пер. с фр. Москва : изд. Н.П. Шубинского, 1894. 98 с.
4. *Адвокати та система БПД: співпраця заради захисту прав людей* від 18 грудня 2020 року. URL: <https://www.legalaid.gov.ua/novyny/advokaty-ta-systema-bpd-spiivpratsya-zarady-zahystu-prav-lyudej> (дата звернення: 02.04.2021).
5. Про адвокатуру та адвокатську діяльність : Закон України від 5 липня 2012 року № 5076-VI. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*. 2013. № 27. Ст. 282. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5076-17> (дата звернення: 02.04.2021).
6. Ярослав Зейкан: При створенні системи БПД у нас почала діяти паралельна адвокатура. *Закон і бізнес*. 2015. URL: https://zib.com.ua/ua/118769-golova_komitetu_naau_yaroslav_zeikan_pri_stvorenni_sistemi_b.html (дата звернення: 02.04.2021).
7. Лідія Ізвітова: Безоплатна правова допомога повинна за європейським зразком ґрунтуватися на вільному виборі адвоката. *НААУ*. 2021. URL: <https://unba.org.ua/news/6355-lidiya-izvitova-bezoplatna-pravova-dopomoga-povinna-za-evropejs-kim-zrazkom-runtuvatsiya-navil-nomu-vibori-advokata.html> (дата звернення: 02.04.2021).
8. Правила адвокатської етики / 3'їзд адвокатів України ; Правила від 9 червня 2017 року (зі змінами, затвердженими 3'їздом адвокатів України 15 лютого 2019 року). URL: <https://vkdk.org/wp-content/uploads/2017/07/PAE-2019.pdf> (дата звернення: 02.04.2021).

9. Система безоплатної правової допомоги в Україні: поточні проблеми та рекомендації щодо її переформування : Звіт НААУ. Київ, 2016. URL: <https://unba.org.ua/assets/uploads/news/advocatura/2016-05-18.zvit.bpd.pdf> (дата звернення: 02.04.2021).

10. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод : Рада Європи ; Конвенція, Міжнародний документ від 4 листопада 1950 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 02.04.2021).

11. Про затвердження Порядку і умов укладення контрактів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на постійній основі, та договорів з адвокатами, які надають безоплатну вторинну правову допомогу на тимчасовій основі : Постанова Кабінету Міністрів України ; Порядок, Умови, Форма типового документа, Договір від 11 січня 2012 року № 8. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/8-2012-%D0%BF> (дата звернення: 02.04.2021).

ПРОБЛЕМИ ЗВІЛЬНЕННЯ ПРОКУРОРІВ ПІД ЧАС АТЕСТАЦІЇ

PROBLEMS OF DISMISSAL OF PROSECUTORS THROUGH ATTESTATION

Трагнюк Р.Р., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри судустрою та прокурорської діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджуються проблеми звільнення прокурорів під час проведення атестації, передбаченої Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури».

Метою цієї наукової статті є виявлення проблем звільнення прокурорів у порядку атестації та формулювання пропозицій щодо їх розв'язання.

У статті на підставі аналізу положень законодавства виявлені недоліки процедури проведення атестації прокурорів, які створюють передумови для незаконних і необґрунтованих рішень щодо звільнення прокурорів з обійманих ними посад. Обґрунтовано, що це порушує конституційне право прокурорів на працю. Встановлено, що засобом захисту порушених прав прокурорів є поновлення їх на посадах в органах прокуратури за рішеннями судів.

Проаналізовано судову практику поновлення на посадах звільнених під час проведення атестації прокурорів. Виявлено найбільш поширені підстави скасування судами наказів про звільнення прокурорів.

Аргументовано, що внаслідок прогалин і колізій у законодавстві поновлені за рішеннями судів прокурори не мають змоги відновити свої трудові права та виконувати покладені на них повноваження, оскільки не підлягають переведенню до Офісу Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратур.

Запропоновано шлях виходу із цієї ситуації, який полягає у внесенні змін та доповнень до чинного законодавства, які б передбачили правовий статус поновлених за рішеннями судів прокурорів та порядок обійняття ними посад у Офісі Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратурах. Ця проблема потребує розв'язання до 1 вересня 2021 р., оскільки з цього часу кадрові комісії прокуратури, відповідальні за проведення атестації, припиняють свої повноваження.

Ключові слова: прокуратура, служба в органах прокуратури, атестація прокурорів, звільнення прокурорів, поновлення прокурорів на посадах.

The article examines the problems of the release of prosecutors during the attestation provided for by the Law of Ukraine "On Amending Certain Legislative Acts of Ukraine along with priority measures for the reform of bodies". The purpose of this scientific article is to identify the problems of the release of prosecutors in the manner of attestation and the wording of proposals for their solution.

The purpose of this scientific article is the doctrinal solution of the issue of the membership of customs authorities in the system of law enforcement agencies of Ukraine.

The article, based on an analysis of the provisions of the law, revealed the shortcomings of the procedure for evaluating prosecutors, which create the prerequisites for illegal and unreasonable decisions to relieve prosecutors from their posts. It is justified that this violates the constitutional right of prosecutors to work. It has been established that the means of protecting the violated rights of prosecutors is to resume them in positions in the prosecutor's office by court decisions.

The judicial practice of reinstatement of prosecutors dismissed during attestation in their positions has been analyzed. The most common grounds for the annulment by the courts of orders to dismiss prosecutors have been identified. It is argued that as a result of gaps and conflicts in the legislation, prosecutors are not able to restore their labor rights and fulfill their powers by decisions of the courts, since they are not subject to transfer to the Office of the Prosecutor General, regional and district prosecutors.

A way out of this situation is proposed, which consists in amending and supplementing the current legislation, which would provide for the legal status of prosecutors restored by decisions of the courts and the procedure for holding their posts in the Office of the Prosecutor General, regional and district prosecutor's offices. This problem needs to be solved before September 1, 2021, since from that time the personnel commissions of the prosecutor's office responsible for conducting certification terminate their powers.

Key words: prosecutor's office, service in the prosecutor's office, attestation of prosecutors, dismissal of prosecutors, updates of prosecutors in positions.

Постановка проблеми. Кадрове перезавантаження прокуратури, започатковане Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури» (далі – Закон № 113-IX) [1], передбачає проведення атестації, в результаті якої багатьох прокурорів було звільнено з обійманих посад. Водночас частина звільнених прокурорів успішно оскаржила рішення про звільнення до суду, що виявило низку проблем застосування відповідних підстав для їх звільнення, які потребують належного наукового дослідження.

Питання звільнення прокурорів із посад досліджувалися такими ученими, як В.С. Бабкова, П.М. Каркач, С.К. Костенко, А.В. Лапкін, С.В. Подкопась, О.М. Толочко та ін. Разом із тим проблеми звільнення прокурорів у процесі атестації проаналізовані недостатньо, що визначає необхідність проведення цього дослідження.

Відповідно, метою наукової статті є виявлення проблем звільнення прокурорів у порядку атестації та формулювання пропозицій щодо їх розв'язання.

Виклад основного матеріалу. Процедура проведення атестації прокурорів регламентується Розділом II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX),

а також затвердженим наказом Генерального прокурора від 03.10.2019 р. № 221 Порядком проходження прокурорами атестації (далі – Порядок) [2]. Відповідно до положень цих актів, атестації підлягають всі прокурори, які на день набрання чинності Законом № 113-IX обіймають посади прокурорів у Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах. Лише за умови успішного проходження атестації вони можуть бути переведені на посаду прокурора в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах.

Іншим правовим наслідком проведення атестації може бути звільнення прокурора з посади. Для цього Закон № 113-IX передбачає, що всі прокурори Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур, військових прокуратур вважаються такими, що персонально попереджені про можливе майбутнє звільнення у зв'язку з ліквідацією чи реорганізацією (п. 6 розд. II «Прикінцеві і перехідні положення»). Вказана норма може бути піддана критиці як така, що передбачає публічне оголошення про можливе майбутнє звільнення прокурорів із посади замість персонального

доведення цієї інформації до кожного конкретного працівника, який підлягає звільненню, як того вимагає трудове законодавство України. Також вона містить неконкретні положення «вважатися попередженими», «можливе майбутнє звільнення», яким бракує правової визначеності. Фактично підставою для звільнення прокурора виступає набуття чинності цим законом, однак таке звільнення має ймовірний характер. Такий підхід своєю чергою обмежує трудові права прокурорів та нівелює правове і соціальне значення такого попередження, яке полягає в тому, щоб працівник, якого мають намір звільнити, мав достатній час для пошуку нового місця роботи та життя інших заходів щодо забезпечення себе і своєї родини в ситуації втрати заробітку через таке звільнення.

Відповідно до п. 19 розд. II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX, прокурори, які на день набрання чинності цим Законом обіймають посади в Генеральній прокуратурі України, регіональних прокуратурах, місцевих прокуратурах, військових прокуратурах, звільняються Генеральним прокурором, керівником регіональної (обласної) прокуратури з посади прокурора на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України «Про прокуратуру» за умови настання однієї з підстав: 1) неподання прокурором у встановлений строк заяви до Генерального прокурора про переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію; 2) рішення кадрової комісії про неуспішне проходження атестації прокурором; 3) в Офісі Генерального прокурора, обласних прокуратурах, окружних прокуратурах відсутні вакантні посади, на які може бути здійснено переведення прокурора, що успішно пройшов атестацію; 4) ненадання прокурором у разі успішного проходження ним атестації згоди протягом трьох робочих днів на переведення на запропоновану йому посаду в Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі.

Таким чином, прокурор може бути переведений до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури лише за наявності умов: 1) на момент набуття чинності Закону № 113-IX ця особа обіймала посаду прокурора в Генеральній прокуратурі України, регіональній прокуратурі, місцевій прокуратурі, військовій прокуратурі; 2) цей прокурор подав заяву до Генерального прокурора про переведення та про намір у зв'язку із цим пройти атестацію; 3) кадровою комісією у встановленому порядку прийнято рішення про успішне проходження ним атестації; 4) в Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі наявна вакантна посада, на яку може бути здійснено переведення прокурора; 5) прокурор протягом трьох робочих днів надав згоду на переведення на запропоновану йому посаду.

У разі недодержання якоїсь із цих умов прокурор підлягає звільненню з органів прокуратури на підставі п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України «Про прокуратуру», тобто у зв'язку з ліквідацією чи реорганізацією органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду. У науковій юридичній літературі вказується, що зазначена підстава для звільнення прокурора передбачає три самостійні варіанти скорочення посади, яку обіймав прокурор: а) ліквідація органу прокуратури означає внесення змін до затвердженого переліку органів прокуратури, внаслідок чого орган прокуратури припиняє своє існування; б) реорганізація органу прокуратури – передбачає структурні зміни в органі прокуратури, пов'язані із припиненням відповідної юридичної особи; в) скорочення кількості прокурорів органу прокуратури передбачає не пов'язане з реорганізацією скорочення чисельності або штату прокурорів відповідного органу прокуратури [3, с. 434].

При цьому відповідно до правового висновку Верховного Суду, викладеного в постанові від 24.04.2019 р. у справі №815/1554/17, п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України «Про

прокуратуру» вжитий законодавцем роз'єднувальний сполучник «або» виділяє дві окремі підстави для звільнення прокурора з обійманої ним посади: ліквідація чи реорганізація органу прокуратури, в якому прокурор обіймає посаду; скорочення кількості прокурорів органу прокуратури. Тому наявність двох окремих підстав для звільнення, які відокремлені сполучником «або», покладає на роботодавця обов'язок щодо зазначення в наказі про звільнення конкретної підстави, визначеної цим пунктом. Також Верховний Суд вказав на те, що принцип правової визначеності має застосовуватись не лише на етапі нормотворчої діяльності, а й під час безпосереднього застосування чинних норм права, що даватиме змогу особі в розумних межах передбачати наслідки своїх дій, а також послідовність дій держави щодо можливого втручання в охоронювані Конвенцією та Конституцією України права та свободи цієї особи [4].

Водночас, відповідно до ст. 104 Цивільного кодексу України, юридична особа припиняється в результаті реорганізації або ліквідації. Ці положення поширюються й на органи прокуратури, які є юридичними особами публічного права. У постановках Верховного Суду України від 04.03.2014 р. у справі № 21-8a14 [5], від 28.10.2014 р. у справі № 21-484a14 [6], у постановках Верховного суду від 21.03.2018 р. у справі № 802/651/16-a [7] та від 24.09.2019 р. у справі № 817/3397/15 [8] було сформульовано правову позицію, відповідно до якої ліквідація юридичної особи публічного права здійснюється розпорядчим актом органу державної влади, органу місцевого самоврядування або уповноваженою на це особою. У цьому акті має бути наведено обґрунтування доцільності відмови держави від виконання завдань та функцій такої особи або їх передачі іншим органам виконавчої влади. Якщо таке обґрунтування наведено, то має місце ліквідація юридичної особи публічного права, а якщо ні, то самого лише посилення на те, що особа ліквідується, замало. У зв'язку з цим у процесі вирішення спорів щодо поновлення на роботі працівників юридичної особи публічного права, про ліквідацію яких було прийнято рішення, судам належить, крім перевірки дотримання трудового законодавства щодо таких працівників, з'ясувати фактичність такої ліквідації (чи мала місце в цьому випадку реорганізація). У процесі вирішення зазначеної категорії спорів підлягає оцінці і правовий акт, що став підставою ліквідації, зокрема: чи припинено виконання функцій ліквідованого органу, чи покладено виконання цих функцій на інший орган.

Водночас під час звільнення прокурорів із посад у порядку атестації відповідні рішення кадрових комісій та накази Генерального прокурора, керівників регіональних прокуратур не містили обґрунтування того, що ліквідація чи реорганізація відповідних органів прокуратури дійсно мали місце. Відповідні накази Генерального прокурора перейменовували органи прокуратури без зміни ідентифікаційних кодів юридичних осіб в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Це дає підстави для висновку, що насправді фактичної реорганізації чи ліквідації Генеральної прокуратури України, регіональних та місцевих прокуратур не відбулося, а лише було змінено назви цих органів. Отже, підстава для звільнення прокурорів, передбачена п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону України «Про прокуратуру», не має фактичного підтвердження.

При цьому варто звернути увагу на поширеність практики, коли прокурори, звільнені з посад у процесі атестації, оскаржують відповідні рішення в суді. Загалом до Офісу Генерального прокурора, регіональних прокуратур, кадрових комісій було пред'явлено понад 1000 позовів про поновлення прокурорів на посадах, з яких певна частина задоволена. Суди через виявлені порушення задовольняють ці позови і скасовують рішення кадрових комісій, зобов'язуючи повторно провести той чи інший етап атес-

тації, а в окремих випадках – поновлюючи прокурорів на посадах. Ухвалюючи такі рішення, суди поновлюють прокурорів на рівнозначних посадах у відповідних органах прокуратури.

Вивчення судової практики показує, що підстави прийняття судами таких рішень є різними. Так, рішенням Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 12.10.2020 р. у справі № 160/5964/20 було частково задоволено адміністративний позов про поновлення звільненого прокурора на тій підставі, що під час розгляду цієї справи відповідачами до суду не надано доказів ліквідації чи реорганізації органу прокуратури, в якому позивач обіймав посаду, а також скорочення кількості прокурорів, тому послання в наказі про звільнення на положення п. 9 ч. 1 ст. 51 Закону № 1697-VII є безпідставним [9]. Аналогічна правова позиція викладена в рішеннях Черкаського окружного адміністративного суду від 28.12.2020 р. у справі № 580/1452/20 [10], Донецького окружного адміністративного суду від 20.10.2020 р. у справі № 200/5448/20-а [11] та ін. У рішенні окружного адміністративного суду міста Києва від 15.06.2020 р. у справі № 640/9398/20 позов прокурора про поновлення було задоволено, зокрема, внаслідок порушення його прав через існування технічних збоїв у системі тестування [12]. Рішенням Житомирського окружного адміністративного суду від 22.12.2020 р. у справі № 240/9928/20 вимоги позивача про поновлення були задоволені на підставі суттєвого порушення прав людини, яке створювало те, що Порядком не була передбачена можливість повторного складання іспиту внаслідок раптового погіршення стану здоров'я, яке сталося в позивача [13].

Разом із тим практика поновлення звільнених прокурорів за рішенням суду в системі органів прокуратури України створює низку проблем. Так, наприклад, поновлення судом звільнених у процесі атестації прокурорів у новій системі органів прокуратури України, тобто в Офісі Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратурах, суперечить закону. Відповідно до ч. 2 ст. 19 Конституції України органи прокуратури України та їх посадові особи зобов'язані діяти в межах повноважень та у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України. Ст. 4 Закону України «Про прокуратуру» визначено, що організація та діяльність прокуратури України, статус прокурорів визначаються Конституцією України, цим та іншими законами України, чинними міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана ВРУ. Порядок реформування органів прокуратури загалом та проведення атестації зокрема регламентовано Законом № 113-IX. Цим Законом не передбачено поновлення на посадах прокурорів, звільнених у результаті атестації, за рішеннями суду.

Іншою пов'язаною з цим проблемою є визначення органів та посад, на які судами здійснюється поновлення. Судова практика в цьому питанні не є однозначною: одні суди поновлюють прокурорів на раніше обійманих ними посадах у Генеральній прокуратурі України, регіональних та місцевих прокуратурах, інші – зобов'язують уповноважених осіб поновити прокурорів на рівнозначних посадах в Офісі Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратурах.

При цьому поновлення прокурорів на раніше обійманих ними посадах у Генеральній прокуратурі України, регіональних та місцевих прокуратурах не є дієвим засобом захисту порушених внаслідок звільнення прав прокурорів, адже відповідні органи прокуратури припинили своє існування. З формального боку, такий варіант поновлення у вказаній ситуації є правильним, оскільки поновити особу можна саме на тій посаді, з якої вона була звільнена. Однак фактично таке рішення саме по собі, без вжиття додаткових заходів, не дає змоги захистити порушені права звільнених осіб, оскільки відповідні органи прокуратури припинили працювати зі створенням нових структур: Офісу Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратур. Тому

попередні посади, на яких працювали звільнені прокурори, є скороченими. Відповідно до штатного розпису, в реформованих органах прокуратури (Офісі Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратурах) створено нові посади прокурорів.

Не є засобом вирішення цієї проблеми й підхід, коли суди у своїх рішеннях вказують на поновлення прокурорів на «рівнозначних посадах» у Офісі Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратурах. Закон № 113 не передбачає іншої процедури переведення прокурорів на посади до цих органів прокуратур, ніж успішне проходження ними атестації, яку поновлені за рішенням суду прокурори фактично не пройшли до кінця. Крім того, законодавством не визначено, які посади є рівнозначними для прокурорів. Також поновлення прокурорів на посадах в Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі, яке здійснюється судами з дати їх звільнення, фактично відбувається з дати, коли відповідні органи ще не розпочали свою роботу.

Також необхідно звернути увагу на те, що ст. 24 Конституції України гарантовано рівність конституційних прав і свобод громадян. Не може бути привілеїв чи обмежень за ознаками раси, кольору шкіри, політичних, релігійних та інших переконань, статі, етнічного та соціального походження, майнового стану, місця проживання, за мовними та іншими ознаками. Закон № 113-IX та Порядок визначають процедуру атестації прокурорів та слідчих, встановлюють рівні умови її проходження та наслідки неуспішного проходження. З огляду на викладене, поновлення прокурора, який неуспішно пройшов атестацію, на посади в нових органах прокуратури (Офісі Генерального прокурора, обласній прокуратурі, окружній прокуратурі) може розглядатися як таке, що надає йому привілеї перед прокурорами, які успішно пройшли атестацію, чим порушує конституційний принцип рівності громадян.

Водночас Закон № 113 не регламентує ситуації, коли прокурор не був звільнений, але разом із тим не був і переведений до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури. Так, відповідно до п. 3 розд. II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX, Генеральна прокуратура України, регіональні прокуратури, місцеві прокуратури здійснюють повноваження до дня початку роботи Офісу Генерального прокурора, обласних прокуратур, окружних прокуратур. Водночас абз. 3 цього пункту передбачає, що за прокурорами та керівниками регіональних, місцевих і військових прокуратур, прокурорами і керівниками структурних підрозділів Генеральної прокуратури України зберігається відповідний правовий статус, який вони мали до набрання чинності цим Законом, у процесі реалізації функцій прокуратури до дня їх звільнення або переведення до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури. На зазначений період оплата праці працівників Генеральної прокуратури України, регіональних прокуратур, місцевих прокуратур, військових прокуратур здійснюється відповідно до постанови Кабінету Міністрів України, яка встановлює оплату праці працівників органів прокуратури.

Внаслідок цього поновлені за рішеннями судів прокурори опиняються в невизначеному становищі, оскільки: 1) вони не підлягають звільненню з органів прокуратури за відсутності рішення кадрової комісії про неуспішне проходження ними атестації або іншої умови, передбаченої п. 19 розділу II «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX; 2) такі прокурори не підлягають переведенню до Офісу Генерального прокурора, обласної прокуратури, окружної прокуратури за відсутності рішення кадрової комісії про успішне проходження ним атестації. Фактично такі поновлені прокурори залишаються поза штатом Офісу Генерального прокурора, обласних та окружних прокуратур, їм не виплачують заробітну плату в розмірі, передбаченому ч. 1 ст. 81 Закону України

«Про прокуратуру», а виконання ними повноважень прокурорів може бути оскаржене тощо.

Ситуація ускладнюється ще й тим, що згідно з абз. 3 п. 17 П «Прикінцеві і перехідні положення» Закону № 113-IX, повторне проходження одним і тим самим прокурором атестації або одного з її етапів забороняється. Вказане положення сформульоване імперативно і не передбачає винятків. Тому поновлені за рішенням суду прокурори позбавлені змоги завершити проходження ними атестації та отримати як позитивне, так і негативне рішення щодо її проходження.

Висновки. Недоліки процедури проведення атестації прокурорів створюють передумови для незаконних і необґрунтованих рішень щодо звільнення прокурорів

з обійманих ними посад, що порушує їхнє конституційне право на працю. Засобом захисту порушених прав прокурорів є поновлення їх на посадах в органах прокуратури за рішеннями судів. Однак внаслідок прогалин і колізій у законодавстві поновлені за рішеннями судів прокурори не мають змоги відновити свої трудові права та виконувати покладені на них повноваження. Шлях виходу із цієї ситуації вбачається у внесенні змін та доповнень до чинного законодавства, які б передбачили правовий статус поновлених за рішеннями судів прокурорів. Ця проблема потребує розв'язання до 1 вересня 2021 р., оскільки з цього часу кадрові комісії прокуратури, відповідальні за проведення атестації, припиняють свої повноваження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо першочергових заходів із реформи органів прокуратури : Закон України № 113-IX від 19.09.2019 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/113-20#n53>.
2. Порядок проходження прокурорами атестації : затв. наказом Генерального прокурора від 03.10.2019 р. № 221 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0221900-19#Text>.
3. Лапкін А.В. Закон України «Про прокуратуру». Науково-практичний коментар. Харків : Право, 2015. 680 с.
4. Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду у справі № 815/1554/17 від 24.04.2019 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81479426>.
5. Постанова Верховного Суду України у справі № 21-8а14 від 04.03.2014 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/39186253>.
6. Постанова Верховного Суду України від 28.10.2014 р. у справі № 21-484а14. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/41602330>.
7. Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду у справі № 802/651/16-а від 21.03.2018 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72965291>.
8. Постанова Касаційного адміністративного суду Верховного Суду у справі № 817/3397/15 від 24.09.2019 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84463969>.
9. Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду у справі № 160/5964/20 від 12.10.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92347968>.
10. Рішення Черкаського окружного адміністративного суду у справі № 580/1452/20 від 28.12.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93965017>.
11. Рішення Донецького окружного адміністративного суду у справі № 200/5448/20-а від 20.10.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92557227>.
12. Рішення окружного адміністративного суду міста Києва у справі № 640/9398/20 від 15.06.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89848533>.
13. Рішення Житомирського окружного адміністративного суду у справі № 240/9928/20 від 22.12.2020 р. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93874049>.

РОЗДІЛ 11 МІЖНАРОДНЕ ПРАВО

УДК 342.72/73

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/144>

ПРАВО НА ШТУЧНЕ ПЕРЕРИВАННЯ ВАГІТНОСТІ В АСПЕКТІ СТАТЕЙ 2 ТА 8 КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ І ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОДИ

THE RIGHT TO ARTIFICIAL PREGNANCY IN THE ASPECT OF ARTICLES 2 AND 8 OF THE CONVENTION ON THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Белей О.В., студент V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Дулепа В.П., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено вивченню проблематики права на здійснення штучного переривання вагітності крізь призму дослідження співвідношення права жінки на репродуктивний вибір та права на існування ненародженої дитини. Згадано історію розвитку права на штучне переривання вагітності, а також вивчено думки вчених щодо моменту виникнення права на життя. Досліджено регіональні та міжнародні механізми юридичного захисту прав людини у контексті реалізації жінкою свого права на репродуктивний вибір, серед яких центральне місце посідає Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Проаналізовано практику Міжамериканського суду з прав людини та Міжамериканської комісії з прав людини щодо визначення моменту виникнення права на життя. Досліджено Конвенцію Ов'єдо, яка визначила необхідність юридичного захисту ембріона людини. Окреслено критерії для визначення того, чи існує в державі ефективний механізм захисту права жінки на репродуктивний вибір Європейським судом з прав людини в рішеннях проти Республіки Польща та Ірландії. Досліджено рішення Конституційного Трибуналу Республіки Польща щодо заборони штучного переривання вагітності в разі наявності дефектів чи невиліковної хвороби плоду та його значення як прецеденту, що йде врозріз з усталеною практикою Європейського суду з прав людини. Встановлено, що для досягнення балансу між правом жінки на репродуктивний вибір та правом ненародженої дитини на життя необхідно впровадити єдині стандарти щодо визначення випадків штучного переривання вагітності (медичних показань або загрози життю жінки); можливості встановити державою права жінки на штучне переривання вагітності без медичних показань, якщо вона завагітніла через сексуальне насильство щодо неї і термін вагітності є невеликим; створення ефективного механізму взаємодії національних органів у питаннях надання соціальної допомоги та інформації щодо стану плоду, щоб кожна жінка, володіючи достовірними даними, могла вирішити, чи потрібно здійснити штучне переривання вагітності.

Ключові слова: право на штучне переривання вагітності, право на життя, репродуктивний вибір, практика ЄСПЛ.

The article is devoted to the study of the issue of right of realization of the artificial breaking pregnancy through the prism of research of correlation of woman reproductive choice and existence rights of an unborn child. History of development of the right of artificial breaking pregnancy is mentioned, opinions of scientists are studied in relation to the moment of life beginning. The regional and international mechanisms of legal protection of human rights contextual implementation of the woman's right to reproductive choice are investigated, among which the central place is occupied by the Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms. The practice of the American Court of Human Rights and the Commission of Human Rights about determining the moment of the beginning of life is analyzed. The Oviedo Convention was investigated, which determined the necessity for legal protection of a person's embryo. The criteria of whether there is an effective mechanism for protecting the rights of humans of reproductive choice are determined of a European human rights court in decisions against the Republic of Poland and Ireland. The decision of the Constitutional Tribunal of the Republic of Poland on the prohibition of artificial interruption of pregnancy in the case of defects or incurable disease of the fetus and its significance as a precedent that goes to the established practice of the European Court of Human Rights is researched. It has been established that in order to achieve a balance between a woman's right to reproductive choice and the right of an unborn child to life, it is necessary to introduce unified standards for the definition of artificial interruption of pregnancy (medical indications or threats to women); opportunities to establish a state of human right to artificial interruption of pregnancy without medical indications, if it became pregnant through sexual violence against it and the term of pregnancy is small.

Key words: right to abortion, right to life, reproductive choice, practice of the ECHR.

Постановка проблеми. Право на життя являє собою особливу цінність, адже без його захисту всі інші права втрачають свій сенс. Воно забезпечує фізичне існування людини не лише як біологічної істоти, а і як суб'єкта соціальних відносин. Право на життя людини стосується широкого кола правових відносин, серед яких особливе місце посідають питання захисту ненародженої дитини, штучного переривання вагітності та ролі держави у цьому процесі.

Нині дискусія щодо правомірності штучного переривання вагітності не тільки триває, але й набула нових масштабів та сенсів. Оскільки право на життя є невід'ємним та невідчужуваним, це своєю чергою покладає на кожну державу особливу роль у цій дискусії. Прихильники тієї чи іншої сторони по-різному ставляться до існування репродуктивних прав жінки та їхнього співвідношення

із захистом життя ненародженої дитини. Це насамперед пояснюється тим, що мораль, релігія та право виступають антагоністичними факторами, при цьому для кожної зі сторін той чи інший фактор має ключове значення. Тому питання визначення балансу між правом на життя ненародженої дитини та правом жінки на репродуктивний вибір у практиці Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) є надзвичайно актуальними і потребують детального дослідження.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Питання регламентації права на аборт у межах регіональної та міжнародної систем захисту прав людини стало об'єктом наукового інтересу таких вітчизняних та зарубіжних учених, як М. Буроменський, О. Онуфрієнко, М. Громо-вчук, В. Денисов, Л. Заблоцька, П. Рабінович, Р. Стефан-

чук, С. Шевчук, О. Светлов, В. Каргашкін, О. Лукашова, І. Лукашук, Дж. Доннеллі, Л. Хенкін, Д. Харріс, С. Девідсон, Д. Гом'єн, К. Бойл. Окремі аспекти репродуктивних прав у контексті права на життя та охорону здоров'я у своїх працях досліджували О. Власова, Т. Длугопольська, Г. Романовський, П. Рабінович, С. Алексеев, Л. Красицька, Я. Шевченко. Проте системного дослідження співвідношення права на життя ненародженої дитини та права жінки на репродуктивний вибір у контексті права на охорону здоров'я (стаття 2 Конвенції) і поваги до приватності (стаття 8 Конвенції) не здійснювалось.

Формулювання цілі статті. Метою цієї статті є дослідження розвитку права на аборт та особливої ролі ЄСПЛ як творця єдиних стандартів у межах європейської системи захисту прав людини.

Виклад основного матеріалу. У стародавніх джерелах можемо знайти відомості, що впродовж більш ніж три тисячоліття санкції за добровільне чи примусове припинення вагітності варіювалися від ідеї покарання у вигляді таліону («око за око» тощо) до грошової компенсації за спричинення смерті ембріону або плоду. Лише з приходом Платона та Аристотеля почали розмежовувати поняття «несформованої» (ембріона) та «сформованої» дитини (плоду) в утробі. Пізніше у працях отців середньовічної церкви критерієм розмежування виступало так зване «вливання душі» між ембріоном, у якого душа ще не «влилася», та плодом, вчинення абортів щодо якого врешті засуджували [1, с. 207].

З розвитком людської цивілізації це питання набуло нового сенсу та отримало свою регламентацію не лише на державному, а й на міжнародному рівні. Так, з прийняттям Загальної декларації прав людини було закріплено каталог прав і зазначено, що ним від народження володіють усі люди на Землі. Водночас одним з найбільш дискусійних питань під час розробки тексту статті 3 Загальної декларації виявилось визначення моменту початку життя, адже проблема полягала в тому, що загальновизнаного положення про момент початку життя не існувало. Представники Чилі пропонували доповнити статтю 3 клаузулою, яка б передбачила можливість поширення права на життя з моменту зачаття. Ця пропозиція містила й положення про те, що людину неможливо позбавити життя, окрім випадків, коли йдеться про смертну кару. Проте інші держави підтримали лише другу частину пропозиції стосовно неможливості відмови у праві на життя будь-якій людині, за винятком тих, проти кого винесено остаточний смертний вирок. Представники Данії, своєю чергою, висловили формальний аргумент проти включення у статтю 3 Загальної декларації прав людини положення про захист зародка (тобто положення про захист права на життя з моменту зачаття), який полягав у тому, що законодавство більшості держав не забороняє на певних строках добровільне штучне переривання вагітності (абортів) [2, с. 44].

Різні підходи до визначення моменту початку життя і моменту надання юридичного захисту знайшли свій вияв у регіональних документах у сфері захисту прав людини. У Американській конвенції про права людини передбачено, що право на повагу до життя людини захищається законом, починаючи від моменту зачаття. Тобто ця конвенція визнає правосуб'єктність ембріона людини. Щодо Європейської рамки захисту прав людини, то Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція) безпосередньо не закріплює право жінки на аборт, але ЄСПЛ вказує на те, що ембріон людини може мати права, передбачені статтею 2 Конвенції [1, с. 214]. У справі *Vo. v. France* ЄСПЛ зазначив, що держава не має обов'язку кваліфікувати позбавлення життя ненародженої дитини (плода) як вбивство. Виникнення у дитини права на життя тісно пов'язане з моментом початку життя (народження), визначення якого віднесено на розсуд держави [3]. Окрім визначення моменту життя, у справі *Paton v.*

The United Kingdom Європейська комісія з прав людини визначилась, чи є право на життя ненародженої дитини абсолютним. Так, Комісія з прав людини постановила, що аборт на 10-тижневому терміні в інтересах захисту фізичного та психологічного здоров'я вагітної жінки, згідно з британським законодавством, не суперечить ст. 2 Конвенції. Проте встановлено й те, що ст. 2 не визнає абсолютне право ненародженої дитини на життя. Інакше «життя плода розглядалося б як більш висока цінність, ніж життя вагітної жінки» [4, с. 34].

Здебільшого питання правомірності здійснення абортів ЄСПЛ розглядає в аспекті репродуктивних прав жінки, тобто право на життя ненародженої дитини нерозривно пов'язане із правами вагітної жінки. Так, у справі *Tisiac* проти Польщі вагітна заявниця, яка страждала серйозною формою короткозорості, дізналася, що після пологів її зір може ще сильніше погіршитися, а у медичному аборті їй було відмовлено. Після народження дитини у неї стався крововилив у сітківку, в результаті якого вона стала інвалідом по зору. Суд вирішив, що стаття 8 була порушена, оскільки заявниці не було надано ефективний механізм, за допомогою якого можна було б встановити, чи відповідала їй ситуація умовам, за яких дозволяється медичний аборт, тобто держава порушила покладені на неї позитивні зобов'язання [5].

У справі *A., B. i C.* проти Ірландії ЄСПЛ також визнав, що було порушено ст. 8 Конвенції. Три жінки, які проживали в Ірландії, завагітніли не з власної волі. Заявниці скаржилися на те, що через заборону на аборт в Ірландії вони змушені були відправитися заради цієї процедури до Сполученого Королівства, а це своєю чергою становило ризик для їхнього здоров'я та принижувало їх. На законодавчому рівні аборти в Ірландії заборонені, однак існує конституційне право на аборт у випадках, коли життя матері загрожує серйозна небезпека. Одна із заявниць, яка хворіла на рак і перебувала у стадії ремісії, не знаючи про свою вагітність, пройшла серію процедур, невідповідних вагітним жінкам. Вона вважала, що її вагітність могла призвести до рецидиву хвороби і що її життя через це було в небезпеці. Суд вирішив, що Ірландія не виконала свій обов'язок щодо імплементації конституційного права на аборт за медичними показаннями. Саме тому мало місце порушення статті 8 (право на повагу до приватного і сімейного життя). Стосовно двох інших заявниць порушення не було через те, що у них не вийшло змусити суди та медичні установи Ірландії визнати наявність у них права на законний медичний аборт. Суд особливо наголосив, що в питанні визначення того, чи являє вагітність ризик для життя жінки, панувала невизначеність і що загроза кримінального переслідування являла собою «значний стримуючий» елемент як для жінок, так і для лікарів [6].

Справа «*R.P.* проти Польщі» (2011) стосувалася жінки, якій медичний персонал перешкодив у наданні послуг з внутрішньоутробного генетичного тестування, що призвело до неможливості вчасно провести процедуру абортів, внаслідок чого в заявниці народилась донька із синдромом Тернера [7]. ЄСПЛ встановив, що поведінка польської влади та медичних працівників поставила заявницю в надзвичайно вразливе становище та позбавила її доступу до медичної допомоги, на яку вона мала право згідно з польським законодавством, крім того, ставлення до заявниці, яка перебувала у вразливій ситуації, було принизливим та убогим, а можливість визначення того, чи потрібно виконувати генетичні тести, як рекомендували лікарі, була змарнована зволіканням, а отже, було порушення статті 3 (заборона нелюдського та принизливого поведіння) Конвенції. ЄСПЛ також визнав порушення статті 8 ЄКПЛ (право на повагу до приватного та сімейного життя). Мотивуючи своє рішення, ЄСПЛ зазначив, що «приватне життя» – це широке поняття, яке включає в себе “*inter alia*” право на особисту автономію і особис-

тий розвиток. Поняття особистої автономії є важливим принципом, який лежить в основі його гарантій. ЄСПЛ вирішив, що поняття приватного життя застосовується щодо рішень як мати, так і не мати дитину, а також чи ставати батьками [7]. Також суд встановив, що нормативно-правове регулювання штучного переривання вагітності не містило будь-яких ефективних механізмів, які дали б можливість заявниці скористатися доступними засобами діагностики та на основі результатів прийняти обдумане рішення стосовно абортів. Відсутність у польському законодавстві дозволу на здійснення абортів у разі неправильного розвитку плоду призвело до фактичного нерегулювання належної та процесуальної форми, яка повинна була б гарантувати вагітній жінці отримувати вичерпну та надійну інформацію про здоров'я плоду.

Щодо позиції Міжамериканського суду з прав людини та Міжамериканської комісії з прав людини, то ще у своєму першому рішенні, яке стосувалося права на аборт, *Babu Woю проти США*, Міжамериканська комісія з прав людини зазначила, що закон, який дозволяє робити аборт за будь-яких підстав, відповідає Американській декларації прав та обов'язків людини та Американській конвенції про права людини, оскільки такі договори не передбачають абсолютний захист права на життя до народження [8].

28 листопада 2012 року Міжамериканський Суд з прав людини виніс рішення у справі «*Мурільо та ін. проти Коста-Ріки*» (*Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*). Основна проблема, що розглядалась судом, стосувалася заборони екстракорпорального запліднення в Коста-Ріці. У ході розгляду цього питання суд звернувся і до проблеми правособ'єктності ембріона, отриманого екстракорпорально, і якого поки не імплантовано [9].

Натепер екстракорпоральне запліднення призводить до того, що між моментом зародження ембріона і його імплантацією в материнський організм може пройти досить довгий термін. Таким чином, розвиток науки поставив під питання поняття «зачаття», яке використовували законодавці для визначення моменту, з якого з'являється людська особистість.

У рамках такої справи Міжамериканський суд з прав людини зазначив, що теоретично можливі два способи розуміння зачаття і, відповідно, моменти появи людини як суб'єкта права: момент власне запліднення яйцеклітини або момент імплантації ембріона. Міжамериканський суд з прав людини віддав перевагу другому підходу, вказавши, що успішний розвиток ембріона можливий тільки з моменту імплантації, коли ембріон «підключається» до ресурсів материнського тіла. Таким чином, Міжамериканський суд з прав людини вирішив, що у разі з ембріоном, отриманим поза материнським тілом, моментом зачаття потрібно вважати вдалу його імплантацію в материнський організм, а не момент запліднення яйцеклітини [9].

Проблема розбіжності правового статусу ембріона людини, в тому числі у разі штучного запліднення, тісно переплітається із проблемою правового регулювання абортів, адже відсутність єдиних стандартів щодо регулювання цих відносин призводить до порушень права на життя людини на пренатальній стадії її розвитку [10, с. 344]. Конвенція про захист прав і гідності щодо застосування біології та медицини від 1997 року (далі – Конвенція Ов'єдо) лише визначає загальні умови захисту ембріона у разі штучного запліднення, вказуючи, що, якщо законодавство дозволяє проводити дослідження на ембріонах *in vitro*, воно повинне забезпечувати й належний захист ембріона [11]. Водночас Конвенція Ов'єдо надає сторонам право виходити за межі захисту, що нею передбачені, та водночас покладаючи на розсуд держав процес розроблення конкретного механізму здійснення такого захисту, що не є вирішенням проблеми створення єдиних стандартів.

Актуальним є також досвід Польщі, адже, попри існування рішень ЄСПЛ щодо незабезпечення права жінки

на аборт, Конституційний Трибунал Республіки Польщі (далі – Трибунал) прийняв рішення, яким визнав неконституційним положення законодавства про можливість штучного переривання вагітності у випадках, коли у плода виявлено дефект розвитку або невиліковну хворобу, що становить загрозу для життя дитини після народження. Не зупинило визначення нового розуміння правового статусу ембріона та штучного переривання вагітності. Таке рішення є діаметрально протилежним позиції ЄСПЛ і явно їй суперечить. Трибунал обґрунтував своє рішення тим, що проведення абортів на підставі виявлення дефекту плода порушує право на життя зачатой, але ненародженої дитини [12]. Це рішення мало прецедентний характер, оскільки в демократичній країні фактично заборонили штучне переривання вагітності, бо найбільша кількість абортів здійснювалась саме у випадках виявлення у плода дефекту розвитку чи невиліковної хвороби. Іншим проблемним аспектом такого рішення, яке викликало широку суспільну дискусію в Польщі, було те, що Трибунал фактично проігнорував право жінки на приватність як таке і обтяжив зобов'язанням не тільки народити таку дитину, але і виховувати її. А це може становити як психологічну, так і матеріальну складність для жінки, або іншим негативним чином впливати на її приватне життя. Трибунал у цьому рішенні став на захист традиційних цінностей – релігії та сім'ї, при цьому грубо проігнорувавши правові позиції ЄСПЛ, які напругу стосувались Польщі і вказували на те, що кожна країна зобов'язана гарантувати жінці право на законний аборт з огляду на той факт, що вагітність потенційно може становити небезпеку для її здоров'я та життя.

Досвід Польщі є важливим та корисним для України, адже висвітлює проблемні сторони законодавства і практики, що можуть призводити до порушення права жінки на аборт. Врахування такого досвіду дозволить Україні уникнути у майбутньому порушень прав жінок на аборт та можливих звернень до ЄСПЛ.

У контексті зазначеного право на репродуктивний вибір, як і інші природні та невідчужувані права, теж не може бути безмежним і безумовним. Йдеться про необхідність пошуку балансу між правом на життя потенційної дитини та свободою репродуктивного вибору. І нині цей баланс чітко простежується через поступове обмеження права на штучне переривання вагітності, що пов'язане з терміном вагітності та розвитком плода, через встановлення державою сукупності умов (соціальних і медичних чинників), які можуть бути для цього підставою. Чим більший термін вагітності, тим менше залишається соціальних чинників для проведення абортів, а на пізніх строках він узагалі може здійснюватися тільки на підставі медичних показань [13, с. 20].

Висновок. Безумовно, право на життя, яке визнане у статті 3 Декларації, є найважливішим, без забезпечення якого неможливо говорити про реалізацію будь-яких інших прав. Водночас право на життя – це не тільки правова, але й філософська категорія, над якою працювали й працюють філософи та правознавці всього світу. З розвитком цивілізації, формуванням нових цінностей людська спільнота у праві на життя почала вбачати не лише право плоду на існування, але й право вагітної жінки розпоряджатись своїм тілом. Адже кожна людина має право на репродуктивний вибір, який полягає у вирішенні питання про кількість дітей, інтервал між їх народженням, можливість штучного переривання вагітності та екстракорпорального запліднення, а держава повинна забезпечувати їх реалізацію.

Правове регулювання процедури штучного переривання вагітності пройшло довгу історію розвитку не тільки на національному, але й на міжнародному рівні. Це питання завжди містило у собі декілька аспектів. Насамперед дискусійним залишалось визначення моменту

виникнення права на життя. Деякі юристи пов'язували його з моментом біологічного народження, що вилилось у норми Загальної декларації прав людини про те, що всі люди користуються каталогом прав людини з народження. Інші ж дотримувались думки про те, що ембріон людини володіє правосуб'єктністю з моменту зачаття. Таке положення було закріплене в Американській декларації прав людини, а потім було розвинуто у правових позиціях Між-американського суду з прав людини.

Другим аспектом питання штучного переривання вагітності залишається створення необхідного і справедливого балансу між правом на життя ненародженої дитини та правом жінки на репродуктивний вибір. І саме ЄСПЛ зробив значний вклад для встановлення єдиних стандартів у цій сфері. По-перше, Суд визначив, що право на життя ненародженої дитини не є абсолютним. Не можна вважати, що таке право є вищим чи таким, що превалює над правом жінки щодо репродуктивного вибору в контексті статей 2 і 8 Конвенції. По-друге, єдність стандартів полягає в тому, що вироблено певні критерії перевірки існування в державі ефективного механізму забезпечення реалізації жінкою свого права народжувати чи не народжувати. Вони включають: 1) встановлення чітких випадків можливості здійснення штучного переривання вагітності (наявності відхилення чи тяжкої хвороби плоду, загроза життю чи здоров'ю жінки); 2) можливості держави встановити право на здійснення абортів без медичних показань, однак таке право також не є абсолютним і його використання звужується пропорційно терміну вагітності; 3) держава повинна не лише не втручатись у реалізацію жінкою свого

права на репродуктивний вибір, але й активно сприяти у його реалізації, наприклад надавати правдиву та оперативну інформацію про стан плоду, можливе існування певних дефектів.

Нині приклад Польщі показує, що коли національні органи керуються лише мораллю чи релігією, але не правом, то це призводить до розколу в суспільстві та порушує права кожної окремої людини, оскільки держава відмовляється від виконання своїх позитивних зобов'язань, визначених Конвенцією. Рішення Конституційного Трибуналу стосується не лише внутрішніх справ Республіки Польщі, це прецедент, який ставить під сумнів стандарти, що вироблені ЄСПЛ. Проте саме ЄСПЛ є чи не єдиним ефективним органом забезпечення прав, гарантованих Конвенцією, який створює у Європі простір свободи та єдиних цінностей, що розділяють усі демократичні держави Ради Європи. Відсутність єдиних стандартів визначення правового статусу ненародженої дитини та забезпечення прав жінки на аборт призводить до правової невизначеності, що надалі може вилитися у порушення цього права. Тому одним із засобів усунення розбіжностей у розумінні такого права жінки є можливе прийняття Додаткового протоколу до Конвенції.

Саме тому надзвичайно важливим є досягнення балансу між правами ненародженої дитини та вагітної жінки, зокрема, коли ми говоримо про штучне переривання вагітності. А досягнення балансу є неможливим до того моменту, поки не буде створено єдиних стандартів у цій сфері, які б повною мірою захищали права як матері, так і ненародженої дитини.

ЛІТЕРАТУРА

1. Зупанчич Б.М. Право на життя та правосуб'єктність зачатой, але ненародженої дитини. / За редакцією Стецик В.М. *Вісник Львівського університету. Серія юридична*. Випуск 69. 2019. С. 207–223.
2. Федорова А.Л. Право на життя як невід'ємне природне право людини. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Випуск 83 (частина II). 2009. С. 43–49.
3. ECHR, *Vo. v. France*. 8 липня 2004. Application No. 53924/00 URL: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%22itemid%22:%22002-4246%22>.
4. Кожан В. Окремі аспекти реалізації прав на життя. *Національний юридичний журнал. Теорія та практика*. 2015. С. 33–37.
5. ECHR, «Р.Р. проти Польщі». 26 травня. 2011 р. Application No. 27617/04. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145424> (§195).
6. ECHR, *A, B and C v. Ireland*. 16 грудня 2010. Application No. 25579/05 URL: <http://base.garant.ru/12188113/>.
7. Рішення ЄСПЛ у справі Р.Р. проти Польщі. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-104911>.
8. *Baby Boy* проти США, Визначення № 23/81, справа № 2141, Міжамериканська комісія з прав людини, п. 18 (b). 6 березня 1981 р.
9. *Artavia Murillo і ін. проти Коста-Ріки*, Міжамериканський суд з прав людини, пп. 194–197. 28 листопада 2012 року.
10. Островська Б.В. Біотична концепція захисту життя людини в сучасному міжнародному праві. *Правова держава*. Випуск 29. С. 332–339.
11. Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, No. 164. URL: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164>.
12. Рішення Конституційного Трибуналу Республіки Польща № К 1/20 від 22 жовтня 2020 року. URL: <https://trybunal.gov.pl/postepowanie-i-orzeczenia/wyroki/art/11300-planowanie-rodziny-ochrona-plodu-ludzkiego-i-warunki-dopuszczalnosci-przerwywania-ciazy>.
13. Чечерський В.І. Співвідношення права на життя та права на репродуктивний вибір у разі штучного переривання вагітності. *Правова позиція*. № 1 (60). 2020. С. 17–21.

ЕФЕКТИВНІСТЬ ЗАСОБІВ ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ПРАВА НА СУДОВИЙ РОЗГЛЯД У РОЗУМНИЙ СТРОК У КОНТЕКСТІ ПРАКТИКИ ЄСПЛ: ДОСВІД ПОЛЬЩІ

THE EFFECTIVENESS OF LEGAL REMEDIES FOR THE PROTECTION OF THE RIGHT TO TRIAL WITHIN A REASONABLE TIME IN THE CONTEXT OF THE ECHR PRACTICE: THE EXPERIENCE OF POLAND

Бойчук Д.С., к.ю.н.,
асистент кафедри права Європейського Союзу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Панаїд Я.І., студентка I курсу магістратури
*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена аналізу досвіду Польщі, пов'язаному з обов'язком держави забезпечити на національному рівні існування ефективного механізму захисту права на розгляд справи судом протягом розумного строку, з урахуванням практики Європейського суду з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ). Виокремлено критерії ефективності засобів правового захисту, запроваджених ЄСПЛ, зокрема, можливість поєднання двох типів засобів захисту: прискорювального та компенсаторного; врахування як матеріальної, так і моральної шкоди тощо.

Законом «Про подання скарги щодо порушення права на розгляд справи в судовому порядку без надмірних зволікань» від 17 червня 2004 року у польській правовій системі було запроваджено механізм правового захисту щодо судового та виконавчого провадження. Сторона провадження, на думку якої провадження триває довше, ніж це необхідно для вивчення фактичних та правових обставин справи або для завершення виконавчого провадження у справі, може подати скаргу на порушення її права на судовий розгляд у розумні строки. Приділено увагу змінам до цього Закону у 2009 р. та 2016 р., зокрема, запровадженню критеріїв, за якими національний суд має оцінювати відповідність принципу розумності строків у кожній справі: складність справи, поведінку сторін тощо, а також судовій практиці щодо застосування цього закону, зокрема, принципу «фрагментації» судового провадження, встановленого Верховним Судом.

Проаналізовано пілотне рішення «Rutkowski and Others v. Poland», в якому Суд встановив причини порушень: незастосування практики ЄСПЛ у процесі оцінки дотримання розумних строків та невідповідність критерію «достатнього» відшкодування.

Проаналізовано оновлений План дій, наданий польським урядом Комітету Міністрів у рамках виконання груп справ *Majewski, Rutkowski, Bak v. Poland*, де констатується комплексність проблеми порушення судами розумних строків. Досліджено деякі із запропонованих польським урядом змін.

Резюмується, що проблема нестачі суддів є спільною для України та Польщі, у зв'язку з чим зроблено висновок про необхідність упровадження комплексного засобу правового захисту відповідного права.

Ключові слова: своєчасний розгляд справи, право на суд, право на справедливий судовий розгляд, розумний строк судового розгляду, право на ефективний засіб юридичного захисту.

The article analyzes the experience of Poland related to the obligation of the state to implement at the national level an effective mechanism for protecting the right to trial within a reasonable time, taking into account the case law of the European Court of Human Rights. The criteria for the effectiveness of legal remedies introduced by the ECHR are highlighted, in particular, the possibility of combining two types of remedies: accelerating and compensatory and taking into account both material and moral damage, etc.

The Act "On complaint about breach of the right to have a case examined in judicial proceedings without undue delay" of 17 June 2004 introduced in the Polish legal system a mechanism of legal protection concerning judicial and enforcement proceedings. A party to proceedings, that considers that the proceedings are continuing longer than it is necessary to examine the facts and legal circumstances of the case or to complete the enforcement proceedings in the case may lodge a complaint of violation of the right to trial within a reasonable time. Attention is paid to the amendments to the Act enacted in 2009 and 2016, in particular, the implementation of criteria by which national court must assess the compliance with the principle of reasonable time in each case: the complexity of the case, conduct of the parties, etc. The judicial practice on the application of this Act, in particular, the principle of "fragmentation" of judicial proceedings established by the Supreme Court is also investigated.

The pilot judgement "Rutkowski and Others v. Poland" has been examined. In this case the Court emphasised that there were two causes behind the violation: non-application of the ECHR practice in assessing compliance with reasonable time limits, and non-compliance with the criteria of "sufficient" compensation.

The updated Action Plan provided by the Polish government to the Committee of Ministers in terms of cases *Majewski group, Bak group, Rutkowski and Others pilot judgment*, where it has been emphasised that the unreasonable length of proceedings is a multifaceted problem, is analyzed. Some of the changes proposed by the Polish government are studied.

It is stated that the problem of insufficient number of judges is common for Ukraine and Poland, in this connection the conclusion about necessity of introduction of complex means of legal protection of the relevant right is made.

Key words: reasonable time of the trial, right to a court, right to a fair trial, reasonable time of judicial proceeding, right to an effective remedy.

Постановка проблеми. За історію свого існування Європейський суд із прав людини зарекомендував себе як дієвий механізм захисту прав і свобод особи. Однак розширення меж конвенційної системи у зв'язку з приєднанням країн колишнього комуністичного блоку мало наслідком різке збільшення кількості реальних і потенційних заявників. Так, близько 90% справ припадають саме на період з 1998 року по сьогодні [1]. Як влучно зазначила О. Гончаренко, Суд став заручником власного успіху [2, с. 243].

Очевидно, що конвенційний механізм потребував реформування задля забезпечення ефективної діяльності ЄСПЛ, оскільки ніколи раніше Суд не мав справи з такою

кількістю заяв, чимала кількість яких – однотипні скарги, в яких заявники посилаються на одні і ті самі проблеми всередині національної правової системи, у зв'язку з чим було запроваджено процедуру винесення так званих пілотних рішень, до яких у вузькому розумінні зараховують ті, що містять у резолютивній частині вказівку на сутність системної проблеми та заходи, які слід вжити відповідній державі для подолання цієї проблеми [3, с. 1].

Європейський Суд із прав людини неодноразово підкреслював у своїх рішеннях, що Конвенція є «живим інструментом і має тлумачитися з огляду на умови сьогодення» [4]. У зв'язку з цим є актуальним розгляд пілот-

них рішень як способу інтерпретації положень Конвенції, а також вивчення вжитих заходів загального характеру держав-відповідачів і пов'язаних із ними проблем реалізації. Так, ще в 2011 р. Комітетом ПАРЄ з правових питань і прав людини серед основних проблем названо невиконання судових рішень та надмірну тривалість судового процесу [5, с. 1].

Недотримання строків розгляду справ досі залишається проблемою вітчизняної судової системи, про що свідчить зростаюча кількість рішень, які ЄСПЛ ухвалив у справах проти України, де заявники скаржилися на відповідне порушення та на відсутність ефективного засобу правового захисту у зв'язку з цим. Необґрунтоване порушення розумних строків є шкідливим, зокрема, з огляду на фінансовий тиск на бюджет держави у разі присудження Європейським судом виплат заявникам, права яких були порушені [6, с. 259]. Зокрема, лише у справах, розглянутих ЄСПЛ у 2017 р., Україна має сплатити заявникам сатисфакцію у розмірі 54 100 євро [7, с. 2].

При цьому впровадження ефективного засобу правового захисту щодо скарг на надмірну тривалість судового розгляду є юридичним зобов'язанням, що впливає з низки рішень, ухвалених проти України (група справ «Світлана Науменко проти України» та «Меріт проти України») [8, с. 3]. У зв'язку з цим видається актуальним аналіз практики зарубіжних держав, зокрема Польщі.

Стан опрацювання. Чимало наукових праць присвячені Європейському суду з прав людини. Зокрема, варто зазначити праці М. Буроменського, О. Гончаренко, Т. Цувіної, М. Ентіна, В. Каргашкіна, А. Безе, К. Параскеви, Е. Фріберга, Д. Хайдера, Д. Райської, М. Кейера.

Метою статті є дослідження досвіду Польщі щодо імплементації засобів правового захисту стосовно судового провадження, з урахуванням відповідної практики ЄСПЛ.

Виклад основного матеріалу. Термін «пілотне рішення» не згадується в Конвенції про захист прав людини та протоколах до неї, а спеціальну норму, що регламентує процедуру ухвалення пілотних рішень», до Регламенту Суду було додано лише 21.02.2011 р. (Правило 61). На необхідність запровадження такої спеціальної процедури вплинула низка рекомендацій Комітету Міністрів Ради Європи. Так, у Резолюції Res(2004)3 від 12.05.2004 р. Комітет Міністрів нагадав про субсидіарність конвенційного контрольного механізму, що передбачає, відповідно до ст. 1 Конвенції, що права і свободи, гарантовані Конвенцією, в першу чергу мають захищатися на національному рівні та застосовуватися національними органами влади. Окрім того, в Резолюції вказувалося, що якби в рішенні була вказана системна проблема, це б полегшило процес виконання відповідного рішення, у зв'язку з чим Суду було рекомендовано, наскільки це можливо, вказувати, що, на його думку, становить системну проблему, яка лежить в основі порушення, та на першопричину цієї проблеми – зокрема, якщо вона може спричинити зростання кількості звернень, – із метою надання допомоги державам у пошуку належного розв'язання цієї проблеми, а Комітетом міністрів – у нагляді за виконанням рішень. [9]

У Рекомендації Res(2004)6 було приділено увагу заходам, спрямованим на реалізацію цього виду рішень, зокрема, на можливість перегляду справ, подібних до тієї, що розглядалася, що б звільнило Суд від розгляду подібних справ і, за необхідності, забезпечило б більш швидке відновлення прав зацікавлених осіб [10].

Варто зазначити, що від початку ЄСПЛ, як правило, відхиляв скарги, що стосувалися законодавства загалом чи адміністративної практики, яка б суперечила Конвенції. Наприклад, у справі *Brogan and Others v UK* вказується: «Суд не зобов'язаний розглядати законодавство in abstracto, але має обмежитися обставинами справи, яка розглядається» [11].

Цей підхід було змінено із запровадженням процедури пілотних рішень, що дало змогу Суду досліджувати національне законодавство, що призвело до конкретного порушення, а отже, і визначити наявність «дисфункцій» національних правових систем держав-учасниць Конвенції, яка є основою порушення [12].

Так, у першому пілотному рішенні *Broniowski v. Poland* (22/06/2004) Велика Палата ЄСПЛ встановила у п. 189, що порушення прав заявника було спричинено внаслідок «поширеної проблеми системного характеру», яка виникла в результаті недоліків польського законодавства та адміністративної практики, вплинула і може вплинути на велику кількість осіб, репатрійованих із територій за річкою Буг. Така ситуація обтяжує відповідальність держави за Конвенцією за нинішній або минулий стан справ, а також загрожує ефективності механізму Конвенції в майбутньому [13].

У зв'язку з цим Суд вказав, що «держава-відповідач має, за допомогою відповідних законодавчих і адміністративних заходів, забезпечити ефективну і оперативну реалізацію права на компенсацію осіб, репатрійованих з територій за річкою Буг, ґрунтуючись на принципах захисту майнових прав, закріплених у статті 1 Першого протоколу N 1». Тим самим Суд роз'яснив, що в рамках виконання Постанови на національному рівні необхідно запровадити загальні заходи, які мають враховувати інтереси великої кількості постраждалих осіб і виправити системний недолік, що лежить в основі встановленого порушення Конвенції, а також включити механізм, який дасть змогу отримати компенсацію (за зазначене порушення) [14].

У рішенні щодо мирного врегулювання по справі *Broniowski v. Poland* від 28/09/2005 Суд зазначив, що ухвалення першого рішення за процедурою пілотного мало на меті сприяння більш швидкому й ефективному вирішенню правової проблеми, що стосувалася захисту права власності в національній – польській – правовій системі. Так, одним з істотних факторів була загроза конвенційній системі і здатності Європейського суду справлятися зі зростаючим навантаженням внаслідок надходження великої кількості повторюваних справ, що зумовлені, зокрема, систематичною структурною проблемою [14].

ЄСПЛ зауважив, що процедура винесення пілотних рішень, насамперед, допомагає державам виконувати свої зобов'язання шляхом врегулювання проблем на національному рівні, тим самим гарантуючи особам їхні права і свободи, як того вимагає ст. 1 Конвенції, забезпечуючи швидке отримання компенсації і, водночас, зменшуючи навантаження на Суд, який був би змушений ухвалювати велику кількість однакових рішень [14]. Надалі ЄСПЛ уточнив свої функції, зазначивши, що «...роль Суду після винесення пілотного рішення і вжиття загальних заходів державою відповідно до Конвенції не може бути змінена на забезпечення надання фінансової допомоги в схожих справах». [15] У рішенні *Hutten-Czapska v. Poland* було наголошено на тому, що в рамках процедури пілотного рішення Суд, оцінюючи відповідну ситуацію, обов'язково виходить за межі інтересів заявника і розглядає справу з позиції загальних заходів, які необхідно вжити в інтересах осіб, чий права потенційно можуть бути порушені [16].

Отже, слід погодитись з О. Гончаренко, яка вказує, що головною метою такої процедури є не розгляд справ у звичайному порядку та встановлення факту порушення одного з гарантованих прав, а надання допомоги державі у вирішенні відповідної системної проблеми. На думку автора, «пілотне рішення» – це «остаточне рішення у справі, що розглядається у першочерговому порядку, в якій ЄСПЛ визнає порушення прав, гарантованих Конвенцією, а також встановлює що подібне порушення має масовий характер через системно-структурну дисфункцію правової системи держави відповідача та накладає на державу-учасницю зобов'язання вжити певних заходів загального характеру для зупинення порушень за анало-

гічними справами та недопущення їх виникнення надалі, виконання якого знаходиться під особливим наглядом із боку Комітету Міністрів Ради Європи [2, с. 247].

Свою чергою К. Терехов вказує, що це остаточне рішення по справі, в якому ЄСПЛ визнає порушення Конвенції, а також встановлює, що подібне порушення має масовий характер внаслідок структурної (або системної) дисфункції правової системи держави-відповідача, і зобов'язує державу вжити певних заходів загального характеру [17, с. 52].

Як уже зазначалось, процедуру пілотного рішення врегульовано правилом 61 Регламенту Суду, відповідно до якого процедура ініціюється, якщо з обставин справи випливає наявність структурних або системних проблем чи іншої аналогічної дисфункції, яка спричинила або може спричинити звернення з подібними скаргами. Перш ніж застосувати цю процедуру, Суд з'ясовує позиції сторін щодо того, чи ця заява пов'язана з існуванням такої проблеми або дисфункції та чи доцільно розглядати її за пілотною процедурою. Такий розгляд може ініціюватися або Судом, або однією зі сторін чи обома сторонами. Заява, щодо якої вирішено застосувати процедуру пілотного рішення, розглядається пріоритетно.

У пілотному рішенні Суд встановлює природу встановленої структурної чи системної проблеми або іншої дисфункції, вид заходів для її усунення, які варто запровадити державі-відповідачу на національному рівні. Окрім того, в резолютивній частині Суд може встановити певний строк для вжиття цих заходів, з урахуванням їх природи та часу, необхідного вирішення проблеми на національному рівні. Відповідно до вищезазначеного правила, Суд може відкласти вирішення питання про справедливу сатисфакцію загалом чи частково для вжиття державою заходів, зазначених у пілотному рішенні, а також зупинити розгляд усіх аналогічних заяв для надання можливості вжиття заходів, зазначених у резолютивній частині пілотного рішення.

Варто окремо зупинитися на понятті «структурної чи системної проблеми або іншої дисфункції». Як зазначив Е. Фріберг, «коли Суд використовує цей вислів у рішенні, держава попереджається, що Суд стурбований не лише окремою справою. Системну проблему автор розуміє як недолік у правовому порядку, який є причиною порушення, що впливає на цілу групу осіб [18, с. 86, 91].

На думку В. Северухіна, системні або структурні проблеми – це «повторювані порушення триваючого характеру, які охоплюють широке коло осіб, причиною яких є недоліки в законодавстві держави або практики його застосування» [19, с. 39].

Статистичні дані роботи ЄСПЛ за період 1959–2020 рр. свідчать про те, що надмірна повільність судової системи є структурною проблемою багатьох країн: кількість скарг, за якими було встановлено факт перевищення розумних строків розгляду, становить чверть (25,42%) від загальної кількості справ [20].

Загалом неоперативність роботи судів є однією з «хвороб правосуддя», яка притаманна більшості судових систем. Недотримання строків розгляду справ не лише порушує право особи на захист, а й формує в неї негативне ставлення до судової системи, неповагу до права, що стає критичним для самої країни та погіршує її міжнародний імідж [2, с. 126].

Однією з перших держав, яка запровадила засоби правового захисту права на справедливий судовий розгляд у розумні строки, стала Польща, у зв'язку з прийняттям рішення у справі «*Kudła v. Poland*» [21, с. 6]. У цій справі ЄСПЛ вперше констатував одночасно порушення п. 1 ст. 6 та ст. 13 ЄКПЛ у зв'язку з недотриманням розумного строку розгляду справи, вказавши на необхідність наявності в національних правових системах ефективного засобу правового захисту права на справедливий судовий розгляд у розумні строки.

Засоби захисту права на справедливий судовий розгляд у розумні строки мають відповідати стандарту «ефективності» відповідно до вимог ст. 13 ЄКПЛ та бути ефективним «і в законі, і на практиці» [22]. Варто зазначити, що нині можна говорити про систему критеріїв «ефективності» засобу правового захисту, розроблену ЄСПЛ у процесі розгляду справ щодо порушення права на справедливий судовий розгляд у розумний строк, а саме:

1) правовий засіб захисту має бути ефективним, співмірним (*adequate*) та доступним;

2) засіб є ефективним, якщо його можна застосувати для прискорення ухвалення рішення судом, який нині розглядає справу, або якщо цей засіб надає учаснику процесу адекватну компенсацію за затримку, яка вже мала місце.

3) суд позитивно відзначив практику деяких країн, які застосували поєднання двох типів засобів захисту (одного – спрямованого на пришвидшення процесу, а іншого – для забезпечення компенсації). При цьому превентивні механізми, на переконання ЄСПЛ, є найкращим варіантом вирішення проблеми надмірної тривалості провадження;

4) найбільш ефективним рішенням, на переконання Суду, є правовий механізм, націлений саме на прискорення судового провадження, що має беззаперечні переваги порівняно і засобами правового захисту компенсаторного характеру, оскільки попереджує порушення, а не надає відшкодування *a posteriori*;

5) рівень компенсації має бути адекватним та відповідати рівню компенсації, що присуджується ЄСПЛ [23, с. 786–787];

6) якщо судовий розгляд вже був надмірно тривалим, засобів правового захисту для прискорення провадження «може бути недостатньо для виправлення ситуації. У таких справах має існувати засіб компенсаторного характеру для відшкодування шкоди, спричиненої надмірною тривалістю провадження;

7) компенсація має включати відшкодування як матеріальної, так і моральної шкоди;

8) засіб правового захисту має бути доступним як у справах, що ще перебувають на розгляді, так і щодо завершених проваджень [24, с. 13–14].

У відповідь на критику з боку ЄСПЛ та Комітету Міністрів Ради Європи у Польщі було прийнято Закон (далі – Закон 2004 р.), який запроваджував відповідальність за тривалість судового розгляду та виконавчого провадження, пов'язаного з державним виконавцем. Скаргу на порушення права на розгляд справи без неналежних затримок може подати сторона провадження, яка вважає, що провадження по справі триває довше, ніж це необхідно для з'ясування фактичних та правових питань, які мають бути встановлені для правильного вирішення справи чи виконання рішення суду [25, с. 150–151]. Змінами від 2009 р. було запроваджено критерії оцінки розумності строку провадження: зокрема, необхідно оцінити оперативність та правильність дій суду у відповідній справі, враховуючи характер справи, її фактичну та юридичну складність, інтереси сторони, яка подала скаргу, питання, що розглядаються та поведінку сторін, особливо скаржника [22].

Згодом Європейський Суд при розгляді низки справ вказав, що такий засіб правового захисту був ефективним для цілей п. 1 ст. 35 та ст. 13 Конвенції. Окрім того, ряд скарг були відхиленими на підставі невичерпання внутрішньодержавних засобів правового захисту.

У справі *Majewski v. Poland* ЄСПЛ нагадав, що розумність тривалості провадження має оцінюватися у світлі конкретних обставин справи, розглянутої загалом. Підхід Суду передбачає оцінку загальної тривалості провадження та врахування всіх стадій. Суд кілька разів наголошував на цьому підході, але практика національних судів не змінилася до постанови Верховного суду 2013 р. [26, с. 21–22].

У пілотній справі «*Rutkowski and Others v. Poland*» (2015) усі три заявники подавали позови про компенсацію за Законом 2004 року. Першому заявникові присудили компенсацію в сумі, еквівалентній 500 євро, щодо кримінальних справ, розгляд за якими тривав майже вісім років. Скарги другого і третього заявників цивільних справ, розгляди за якими тривали більше 11 і 13 років відповідно, були відхилені.

При цьому суди Польщі, які розглядали справи про виплату компенсації відповідно до Закону 2004 року, брали до уваги не загальну тривалість провадження у справі, а тільки окремі періоди. Цей підхід відображає так званий принцип «фрагментації провадження у справі», встановлений Верховним судом Польщі, відповідно до якого оцінка тривалості провадження мала бути обмежена періодом після набрання чинності Законом 2004 року та тільки стосовно інстанції, в якій нині розглядалася справа [22]. Якщо скарга стосувалася провадження в суді першої інстанції та апеляційному суді, кожен стадію розглядали окремо. ЄСПЛ визнав, що така практика «фрагментації» була несумісною з цілями Закону 2004 року та практикою Суду, згідно з якою «провадження» охоплює всі стадії розгляду.

Враховуючи обставини справи та розвиток судової практики Польщі, ЄСПЛ змінив свою позицію щодо ефективності механізму, запровадженого Законом 2004 року. Загалом Суд закцентував на таких проблемах: суди розглядали не загальну тривалість провадження, а лише окремі його частини (хоча згодом Верховний Суд змінив свій підхід); цю ситуацію не можна зарахувати до поодиноких випадків із судової практики; розмір компенсації; та необхідність звернення з окремим позовом про відшкодування моральної шкоди на підставі норм щодо відповідальності держави за завдання збитків, що є невинуватим і надмірним тягарем. З огляду на значний масштаб і складність проблеми Суд вирішив застосувати процедуру пілотного рішення.

Було зазначено дві взаємопов'язані причини порушення ст. 13 Конвенції:

1) незастосування практики ЄСПЛ у процесі оцінки дотримання розумних строків, зокрема позиції, відповідно до якої необхідно брати до уваги всі стадії провадження на національному рівні;

2) невідповідність критерію «достатнього» відшкодування, яке має бути надане стороні у зв'язку з порушенням права розгляд упродовж розумного строку, що було пов'язано із застосуванням принципу «фрагментації» в процесі оцінки тривалості провадження. Суми компенсацій були визнані невинуватим низькими порівняно з сумами виплат Європейським Судом в аналогічних справах. Так, перший заявник отримав лише 5,5% від того, що би йому було присуджено, якби в наявності не було внутрішньодержавного засоби правового захисту [22].

У підсумку Суд підкреслив, що, незважаючи на запровадження Польщею на національному рівні засобу правового захисту – інституту скарг на надмірну тривалість судового провадження, Суд фактично був змушений діяти як національний суд та розглядати сотні повторюваних справ, де його єдиним завданням було присудження компенсації, яку слід було отримати за допомогою національного засобу правового захисту.

Така ситуація не лише несумісна зі ст. 13, але й призвела до підміни ролей, які ЄСПЛ та національні суди мають відігравати в системі Конвенції. Це порушило розподіл відповідальності між державою-відповідачем та Судом відповідно до ст. 1 та ст. 19 Конвенції, оскільки основна відповідальність за забезпечення прав і свобод, гарантованих ЄКПЛ, покладається на національні органи влади, а конвенційний механізм має допоміжний характер [22].

Як на заході загального характеру Суд вказав на необхідність зжити заходів щодо виконання постанови Верховного Суду від 2013 року, відповідно до якої в процесі розгляду справи щодо надмірної тривалості розгляду

необхідно брати до уваги всі стадії провадження, незалежно від стадії, на якій скарга була подана. Окрім цього, в цій постанові приділено увагу відповідності розміру компенсації стандартам Європейського Суду.

У 2016 році до Закону 2004 року було внесено зміни, якими встановлено вимогу дотримуватись стандартів, вироблених практикою ЄСПЛ, а також заборону фрагментації провадження. Відповідно, національні суди зобов'язані оцінювати загальний строк провадження. Встановлюється мінімальний розмір грошової компенсації – щонайменше 500 злотих за кожен рік надмірної тривалості провадження, а не лише встановлений законом мінімальний розмір відшкодування у 2 000 злотих. Якщо скаргу відхилено з формальних підстав, заявник має право повторно подати її протягом 12 місяців із дня подання попередньої скарги [24, с. 31].

Також було посилено контроль за діяльністю адміністративних судів із боку Голови Верховного адміністративного суду, голови регіональних адміністративних судів та Президії Верховного адміністративного суду. Крім того, План дій, представлений державою, передбачив такі організаційні заходи, як контроль із боку Міністерства юстиції, продовження комп'ютеризації, а також збільшення апарату суддів [27, с. 156].

У 2020 р. було представлено оновлений План дій, в якому підкреслювалось, що надмірна тривалість судового розгляду є багатоаспектною проблемою, зумовленою низкою чинників юридичного, адміністративного або матеріально-технічного характеру: браком судових приміщень, недостатньою кількістю суддів та адміністративного персоналу, неналежною організацією розгляду справ (case management), прогалинами в процесуальному праві, що допускають невинуватим тривалі перерви в судових засіданнях; наявністю складних або громіздких процедур; неодноразовими повернення справ на повторний розгляд за результатами апеляційного розгляду; затримками в наданні експертних висновків [28, с. 2].

Окрім підвищення фінансування, збільшення суддівського корпусу та штату працівників апарату суду, пропонується запровадити спеціальне навчання для суддів. Законодавчі зміни передбачають запровадження підготовчого засідання, яке має бути проведено не пізніше ніж через 2 місяці після надання відзиву. Якщо на цьому етапі неможливо вирішити справу по суті, за участю сторін складається графік судового розгляду (plan rozprawu), що включає, зокрема, встановлення дат судових засідань. Окрім того, запроваджується відповідальність за зловживання правами з метою затягування справи. Розширено перелік підстав для проведення закритих судових засідань: якщо позов є явно необґрунтованим; відповідач не надав відзив тощо [28, с. 8].

Серед змін до кримінального процесуального законодавства варто зазначити такі: встановлення строку для подання заяви про призначення захисника; запровадження можливості не допитувати потерпілого як свідка, якщо це не потрібно для встановлення обставин у справі, скасування обов'язку оголошувати на слуханні усі документи, що є доказами по справі; встановлення правила, відповідно до якого відсутність прокурора або його представника у процесі розгляду справи без поважної причини варто трактувати як відмову від обвинувачення [28, с. 9].

Комітет Міністрів привітав законодавчі зміни, зазначивши подолання проблеми «фрагментації» судових проваджень та збільшення середнього розміру відшкодувань за надмірну тривалість кримінального провадження, однак акцентував на необхідності реформування системи судових експертів. До питань, що також викликали занепокоєння Комітету, належали: постійне зростаюча кількість вакантних посад у судах; майже незмінний розмір компенсації в цивільних справах, що становлять понад 80% усіх скарг на порушення розумних строків розгляду.

Комітет зазначив, що, незважаючи на постійні реформи, їх позитивний вплив на відправлення правосуддя ще не помітний, у зв'язку з цим закликав органи влади Польщі надати Комітету аналіз практичного впливу вже впроваджених заходів, включаючи статистичні дані про середню тривалість проваджень різного типу, разом з інформацією щодо подальших реформ [29].

Однак група справ, серед яких є справа Рутковського, нині залишається під посиленням наглядом Комітету міністрів [30, с. 16].

Висновки. Повертаючись до українських реалій, варто зазначити, що ще в 2017 р. Міністерством юстиції України було створено міжвідомчу робочу групу, завданням якої є розробка варіантів щодо запровадження в Україні ефективних засобів захисту від надмірної тривалості провадження [7, с. 3]. Було представлено «Пропозиції до Концепції імплементації превентивних та компенсаційних засобів захисту від надмірної тривалості судового провадження в Україні». Серед основних чинників затягування справи називаються нерегулярне призначення судових засідань, затримки в процесі передання або пересилання справи з одного суду в інший, невжиття судом заходів для дисциплінування учасників справи, повторне направлення справи на новий розгляд тощо.

Автори Концепції акцентують на необхідності наділення голів судів повноваженнями контролю за дотриманням розумних строків розгляду справ із правом розгляду скарг на відповідне порушення [7, с. 10–12].

Однак видається, що перелік факторів, що зумовлюють надмірну тривалість судового провадження, є значно ширшим. Зокрема, спільною проблемою в Україні і в Польщі є нестача суддів у судах. У Плані дій польським урядом підкреслюється важливість процедури добору кандидатів на посади суддів, у зв'язку з чим у 2020 р. до відповідного законодавства були внесені зміни [28, с. 19]. В Україні варто зосередити увагу на відновленні роботи ВКСУ та заповненні вакансій у судах.

У процедурному аспекті актуальним видається запровадження графіків судових засідань, до складання якого долучаються сторони провадження, а також розгляд справи без повідомлення сторін, якщо позов є явно необґрунтованим.

Окрім того, механізм захисту від порушення права про розумний строк провадження слід, за прикладом Польщі, видається необхідним врегулювати на рівні спеціального закону.

Таким чином, враховуючи комплексність проблеми, до її вирішення варто підійти також комплексно, що дасть змогу забезпечити своєчасний розгляд справ і правову визначеність та підвищити ефективність судочинства загалом.

ЛІТЕРАТУРА

1. Врятуймо Європейський суд. Українська Гельсінська спілка з прав людини. URL: <https://helsinki.org.ua/2010/05/vryatujmoevropejskyj-sud/>
2. Гончаренко О. Правова природа пілотних рішень» Європейського суду з прав людини. *Форум права*. 2012. № 4. С. 243–249. URL: <https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/2053/1/Goncharenko.pdf>
3. European Court of Human Rights, Factsheet, Pilot Judgments, May 2020 URL: https://www.echr.coe.int/documents/fs_pilot_judgments_eng.pdf
4. Pichkur v. Ukraine. № 10441/06. 7 November 2013. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127810>
5. Committee on Legal Affairs and Human Rights (2011a) States with Major Structural/Systemic Problems before the European Court of Human Rights: Statistics. URL: http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2011/ajinfdoc05%202011rev_EN.pdf
6. Загоруй Л., Загоруй І. Механізм забезпечення принципу «розумність строків розгляду справи судом». *Вісник Луганського державного університету внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка*. 2020. № 4(92). С. 258–272. URL: <https://journal.lduvs.lg.ua/index.php/journal/article/download/1199/1088/>
7. Пропозиції до Концепції імплементації превентивних та компенсаційних засобів захисту від надмірної тривалості провадження в Україні. Міністерство юстиції України. URL: <https://rm.coe.int/doc-4/168078f22e>
8. Огляд практики країн-членів Ради Європи щодо запровадження ефективних засобів правового захисту для вирішення проблеми надмірної тривалості судових проваджень. URL: <https://rm.coe.int/overview-of-remedies-length-of-proceedings-o-ovchynnykov-ukr/16809f0a0b>
9. Резолюція Res(2004)3 Комітету міністрів щодо рішень, які розкривають системну проблему, що лежить в основі порушення. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd190
10. Рекомендація Rec(2004)6 Комітету міністрів державам-членам щодо вдосконалення національних засобів правового захисту. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dd18e
11. Brogan and Others v. the United Kingdom. 29 November 1988. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-57450>
12. European Court of Human Rights, The Pilot-Judgment Procedure: Information Note Issued by the Registrar URL: https://www.echr.coe.int/documents/pilot_judgment_procedure_eng.pdf
13. Broniowski v. Poland. № 31443/96. 22 June 2004. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-61828>
14. Broniowski v. Poland № 31443/96. 28 September 2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70326>
15. Wolkenberg and others v. Poland. № 50003/99. 4 December 2007. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-83935>
16. Hutten-Czapska v. Poland. №3 5014/97. 19 June 2006. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-75882>
17. Терехов К. И. Пилотные постановления, выносимые Европейским судом по правам человека: введение в системный анализ явления. *Право: журнал Высшей школы экономики*. 2011. № 4. С. 52–60. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/pilotnye-postanovleniya-vynosimye-evropeyskim-sudom-po-pravam-cheloveka-vvedenie-v-sistemnyy-analiz-yavleniya>
18. Fribergh E. Pilot Judgments from the Court's Perspective. Towards Stronger Implementation of the European Convention on Human Rights at National Level. Directorate General of Human Rights, Council of Europe, F-67075. Strasbourg: Cedex, 2008. Pp. 86–93. URL: <https://rm.coe.int/0900001680695ac3>
19. Северухин В. А. К понятию и содержанию «системных или структурных проблем» в Российской Федерации. Вестник Московского городского педагогического университета. Серия «Юридические науки». 2013. No 2 (12). С. 35–41. URL: [https://www.mgpu.ru/uploads/adv_documents/2709/1485785000-Vestnik2\(12\)2013YuridicheskieNauki.Pdf](https://www.mgpu.ru/uploads/adv_documents/2709/1485785000-Vestnik2(12)2013YuridicheskieNauki.Pdf)
20. European Court of Human Rights. Violations by Article and by State. URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_1959_2020_ENG.pdf
21. Цувіна Т. А. Захист права на справедливий судовий розгляд упродовж розумного строку: практика Європейського суду з прав людини та досвід зарубіжних країн. *Теорія і практика правознавства*. 2014. № 1. URL: <http://tlaw.nlu.edu.ua/article/download/62936/58380>
22. Rutkowski and Others v. Poland. № 72287/10. 7 July 2015. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58920>
23. Kuijer M. The Right to a Fair Trial and the Council of Europe's Efforts to Ensure Effective Remedies on a Domestic Level for Excessively Lengthy Proceedings. *Human Rights Law Review* 13(4): 777–794. URL: https://www.ejtn.eu/Documents/About%20EJTN/Independent%20Seminars/Human%20Rights%20BCN%2028-29%20April%202014/KUIJER_Fair_Trial_Lengthy_Proc_CoE_2013.pdf
24. Надання ефективних засобів правового захисту, що забезпечать дотримання розумного строку розгляду кримінальних справ: порівняльне дослідження URL: <https://rm.coe.int/2020-06-18-comparative-study-ukr-final-clean/16809ec20a>
25. Васильев С. В. Порівняльний цивільний процес. Підручник. Київ: Алерта, 2015. 352 с. URL: https://dspace.nlu.edu.ua/bitstream/123456789/9642/1/Vasilyev_PCP_2015.pdf

26. Rajska D. Comparative Study of Remedies Against Excessive Length of Proceedings in Poland and Serbia. Belgrade : Council of Europe, Office in Belgrade, 39 str. URL: <https://rm.coe.int/16806f0ef7>
27. Оганесян Т.Д. Процедура пилотного постановления Европейского суда по правам человека : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.10. Москва, 2017. 368 с. URL: http://dipacademy.ru/documents/1020/Oganisian_dissert.pdf
28. 1377th meeting, 4 June 2020 (DH). Action plan (22/04/2020). Communication from Poland concerning the Majewski, Rutkowski and Bak groups of cases v. Poland. URL: <https://rm.coe.int/09000016809e3b75>
29. Ministers' Deputies Decision CM/Del/Dec(2020)1377/H46-24. 4 June 2020. URL: https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016809e7b78
30. 1398th meeting. March 2021 (DH). Table of cases and groups of cases under enhanced supervision. URL: <https://rm.coe.int/0900001680a1c7f2>.

ДОПУСТИМИ РАМКИ ВТРУЧАННЯ У ПРАВО НА СВОБОДУ МИРНИХ ЗІБРАНЬ У ПРАКТИЦІ ЄСПЛ (ПОСТАНОВКА ПРОБЛЕМИ)

ACCEPTABLE FRAMEWORK FOR INTERFERENCE WITH THE RIGHT TO FREEDOM OF PEACEFUL ASSEMBLY IN THE PRACTICE OF THE ECHR (PROBLEM STATEMENT)

Власенко С.О., студент V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Трішина С.О., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена дослідженню питання законності обмеження права на свободу мирних зібрань, передбаченого ст. 11 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод, у контексті аналізу практики Європейського суду з прав людини. Розглянуто тлумачення поняття «мирне зібрання» Європейським судом з прав людини, розуміння його сутнісних ознак. Проаналізовано висновки суду щодо основних видів порушення права на свободу мирних зібрань у його практиці. Прیدілено увагу умовам легітимного втручання в указане право, основний акцент зроблено на умові передбачення відповідного обмежуючого заходу законом. Розглянуто базові рішення та висновки Суду щодо порушення права на свободу мирних зібрань в Україні й детально проаналізовано аргументацію та мотиви прийняття Судом указаних рішень. Особливу увагу в статті приділено питанню необхідності прийняття в Україні спеціального закону, основною метою якого стало б урегулювання сфери організації та участі осіб у мирних зібраннях, розглянуто протилежні позиції вирішення цього питання. Проаналізовано сучасний стан регулювання вказаного питання в національному законодавстві України, насамперед у Конституції України. Розглянуто тлумачення основних конституційних положень Конституційним Судом України. Також наведено міжнародний досвід держав-учасників Конвенції з приводу закріплення національним законодавством вимоги щодо завчасного сповіщення відповідних державних органів про проведення мирних зібрань і встановлення конкретних строків для такого сповіщення. Прیدілено увагу встановленню законом відповідальності, її призначенню за порушення порядку проведення мирних зібрань. Розглянуто практику призначення національним судом непропорційно суворого покарання та позицію Європейського суду з прав людини в цій ситуації. Наведено основні спроби прийняття в Україні спеціального галузевого закону, наведено їх ключові положення та недоліки. Зроблено висновки про необхідність прийняття закону у сфері реалізації громадянами права на мирні зібрання й наголошено на недоліках регулювання суспільних відносин у вказаній сфері на сучасному етапі.

Ключові слова: права людини, мирні зібрання, обмеження права, Європейський суд з прав людини, захист прав, гарантії прав, закон.

The article is devoted to the study of the legality of the restriction of the right to freedom of peaceful assembly provided for in Art. 11 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the context of the analysis of the case law of the European Court of Human Rights. The interpretation of the concept of "peaceful assembly" by the European Court of Human Rights and the understanding of its essential features are considered. The article analyzes the court's conclusions on the main types of violations of the right to freedom of peaceful assembly in its practice. The basic decisions and conclusions of the court on the violation of the right to freedom of peaceful assembly in Ukraine are considered and the arguments and motives of the court's adoption of these decisions are analyzed in detail. The article pays special attention to the issue of the need to adopt a special law in Ukraine, the main purpose of which would be to regulate the sphere of organization and participation of persons in peaceful assemblies, considers opposing positions to address this issue. The article analyzes the current state of regulation of this issue in the national legislation of Ukraine, primarily in the Constitution of Ukraine. The interpretation of the main constitutional provisions by the Constitutional Court of Ukraine is considered. The article also presents the international experience of the States Parties to the convention regarding the establishment by national legislation of the requirement for early notification of relevant state bodies about holding peaceful assemblies and setting specific deadlines for such notification. Attention is paid to the establishment by law of responsibility and its purpose for violating the procedure for holding peaceful assemblies. The practice of assigning a disproportionately severe penalty by a national court and the position of the ECHR in this situation are considered. The article presents the main attempts to adopt a sectoral law in Ukraine, presents their key provisions and shortcomings. Conclusions are drawn about the need to adopt a law in the sphere of citizens' exercise of the right to peaceful assembly and the shortcomings of regulating public relations in this area at the present stage are noted.

Key words: human rights, peaceful assemblies, restriction of rights, European Court of Human Rights, protection of rights, guarantees of rights, law.

Постановка проблеми. У світлі сьогодення дня у світі загалом і країнах Європи зокрема можна спостерігати численні випадки, коли населення країни виражає свою громадянську позицію шляхом різного роду масових зібрань, мітингів, протестів, пікетів, тим самим реалізуючи власне право на мирні зібрання, що закріплені як їх Конституціями, так і численними міжнародними документами. До, під час і після проведення такого роду зібрань непоодинокими є випадки протидії з боку державного апарату в силу різних причин успішної реалізації громадянами наявного права. Протидія може здійснюватися різними способами, зокрема шляхом повної заборони, невідання дозволу на проведення масового зібрання, зміни місця й часу проведення вказаного заходу, аж до застосування насильства до його учасників, яке може проявлятися шляхом розгону мітингів, застосування до осіб фізичного впливу, спеціальних засобів (сльозоточивого газу, світло-

шумових гранат, водометів), призначення непропорційно суворого санкцій за участь у масових зібраннях тощо.

У силу того, що право на свободу мирних зібрань перебуває під захистом Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція або ЄКПЛ), питання реалізації, правомірності обмеження та захисту права осіб на мирні зібрання стають предметом розгляду Європейським судом з прав людини численних індивідуальних скарг (далі – ЄСПЛ, Суд). Суд, розглядаючи конкретні справи, здійснює тлумачення Конвенції, роз'яснює особливості розуміння та інтерпретації відповідних положень, зокрема ст. 11, у якій право на свободу мирних зібрань знайшло своє об'єктивне відображення. Тому питання обмеження права на свободу мирних зібрань і практика ЄСПЛ із цього приводу набуває особливої актуальності. Також, виходячи з того що Україна ратифікувала Конвенцію й українські національні суди застосо-

вують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права, ураховуючи історичний досвід України та сьогоденну нестабільну обстановку, особливого значення набуває правильне розуміння, тлумачення й застосування практики ЄСПЛ із цього питання й у національному правопорядку. Не менш важливим є аналіз висновків і зауважень, зроблених ЄСПЛ у справах проти України за фактом порушення ст. 11 Конвенції, їх утілення в національному законодавстві. Особливої актуальності вказаному питанню також надає, здійснення аналізу, виданого у 2019 році ЄСПЛ у посібнику за ст. 11 Конвенції, що містить ґрунтовний аналіз прецедентного права Суду із застосування ст. 11 Конвенції, зокрема базові питання, проблеми, змістове розуміння вказаних положень тощо.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання реалізації та обмеження права на свободу мирних зібрань у контексті практики ЄСПЛ було предметом численних досліджень і публікацій, серед авторів можна виділити Т. Фулей, М. Смокович, М. Серета, А. Федорова, Р. Мельник, М. Буроменський та ін.

Метою статті є здійснення аналізу проблем законності обмеження права на свободу мирних зібрань в Україні крізь призму практики ЄСПЛ, насамперед базових рішень проти України, а також висвітлення сучасного стану справ у вказаній сфері та припущення їх подальшого розвитку.

Виклад основного матеріалу. Право людей мирно збиратися із самого початку визнавалося світовою спільнотою як фундаментальне, як наслідок, відображено в численних міжнародних документах у сфері прав людини. Серед таких документів варто виділити Загальну декларацію прав людини 1948 р., Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 р., Американську конвенцію про права людини 1969 р. тощо. Не викликає сумнівів, що центральне місце серед них посідає ЄКПЛ, що насамперед обумовлено функціонуванням її контрольного механізму, який нині втілюється в ЄСПЛ. Закріпивши в ст. 11 Конвенції право на свободу мирних зібрань, держави-учасники зобов'язуються гарантувати дотримання кожному, хто перебуває під її юрисдикцією, вказаного права.

Стаття 11 Конвенції, що має назву «Свобода зібрань та об'єднання» гарантує кожному право на свободу мирних зібрань. Другий пункт вказаної статті передбачає, що здійснення цих прав не підлягає жодним обмеженням, як виняток з вказаного правила містить випадки правомірного обмеження даного права [1].

Перш ніж говорити про зміст і правові підстави обмеження права на свободу мирних зібрань, уважаємо за доцільне звернутися до тлумачення ЄСПЛ поняття «зібрання». Суд неодноразово наголошував увагу на неможливості точного й усталеного визначення цього поняття шляхом формування виключного переліку критеріїв, які в сукупності дадуть змогу зробити висновок, що відповідний захід підпадає під поняття «мирне зібрання» в розумінні ст. 11 Конвенції. Роблячи такий висновок, зокрема, у справах «Навальний проти Росії», «Кудревічюс та інші проти Литви», «Гараненко проти Російської Федерації», суд акцентував увагу на автономності вказаного поняття й підкреслював необхідність уникати його обмежувального тлумачення. Щоб зібрання підпадало під захист ст. 11 Конвенції, воно має бути мирним. Щодо ознаки «мирності» зібрання, то вона презюмується. Тобто заявники не повинні доводити мирність відповідного заходу, доведення антимирного характеру зібрання покладається саме на державу, яка може звернутися до своїх національних судів з метою його легального обмеження [2, с. 8].

Виходячи з положень п. 2 ст. 11 Конвенції, право на свободу мирних зібрань не є абсолютним. Із рішення в рішенні ЄСПЛ транслює позицію, що порушення вказаного права може бути спричинене заходами, що мали місце як до, так і під час і навіть після проведення самого зібрання.

У вищезгаданому посібнику за статтею 11 ЄКПЛ, Суд, узагальнивши власну практику, акцентував увагу на існуванні двох типів обмежень права на свободу мирних зібрань. Перший – стосується безпосередньо умов реалізації вказаного права, а саме: правил щодо планування та проведення зібрань, призначених шляхом обов'язкових процедур повідомлення й отримання дозволу. Такі обмеження стосуються насамперед організаторів зібрань. Другий тип обмежень стосується вже безпосередніх учасників мирних зібрань. До обмежень такого типу відносяться контроль натовпу, розгін зібрання, затримання його учасників, їх подальше адміністративне та кримінальне переслідування [2, с. 13].

Класично, відповідно до «трискладового тесту», а також змісту ст. 11 Конвенції, обмеження прав, гарантованих ст. 11 Конвенції, може бути виправдане лише за наявності 3 умов, а саме якщо такі обмеження: а) установлені законом; б) переслідують законну мету (зокрема інтерес національної або громадської безпеки; запобігання заворушенням чи злочинам; охорона здоров'я чи моралі; захист прав і свобод інших осіб); в) є необхідними в демократичному суспільстві [1].

Отже, першим критерієм для виправданості втручання в право на свободу мирних зібрань є передбачення відповідного обмежувального заходу законом. Говорячи про законність, Суд підкреслює, що необхідною є не лише наявність відповідного закону як правої підстави, а й вимоги до його якості, зокрема йдеться про достатній рівень передбачуваності, висока точність формулювань законодавчих норм тощо.

У разі висновку ЄСПЛ про невідповідність національного законодавства держави-відповідача вимогам якості закону Суд робить висновок про недотримання в цій справі вимоги щодо «встановлення законом» цього обмеження в розумінні п. 2. Дійшовши такого висновку, Суд не переходить до аналізу таких умов – «законної мети» та «необхідності в демократичному суспільстві», у підсумку констатує порушення ст. 11 Конвенції. Базовою і показовою в цьому випадку є перша українська справа із цього питання «Веренцов проти України», у якій заявника засуджено до адміністративного арешту за порушення порядку організації та проведення демонстрацій. При аналізі законності обмеження Суд також бере до уваги ознаки доступності й передбачуваності для особи таких обмежувальних заходів. У цій справі ЄСПЛ уважав, що норми Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП), за якими Веренцова притягнуто до відповідальності, володіли ознакою «доступності», зважаючи насамперед на те, що вони містилися в кодифікованому акті. Однак основне питання в ЄСПЛ виникло з приводу їх передбачуваності. На час існування оскаржуваних дій процедурні питання організації й проведення мирних демонстрацій регулювалося лише на підзаконному рівні актом сумнівного характеру, а саме Указом Президії Верховної Ради СРСР 1988 року (далі – Указ Президії або Указ), який передбачав необхідність отримання дозволу від місцевих органів влади на проведення зібрання за 10 днів до його початку, що прямо суперечило положенням Конституції України, яка закріплювала лише необхідність завчасного повідомлення відповідних органів влади. Тобто Указ, який установлював дозвільний порядок проведення мирних зібрань, ішов на перекір Конституції, яка закріплювала лише повідомний порядок. Розглянувши зазначений радянський Указ, ЄСПЛ наголосив, що, виходячи з його преамбули, він за своєю природою був призначений для протиправних цілей і був ідеологічним інструментом для утвердження волі влади, що є несумісним із суттю свободи зібрань, гарантованої Конституцією України та Конвенцією. ЄСПЛ акцентував увагу на необхідності прийняття законодавчого акта, що в цьому випадку не було зроблено протягом 20 років. Отже, ЄСПЛ, розглянувши цю справу, дійшов висновку, що втручання у право

заявника на свободу мирних зібрань не було встановлено законом, як наслідок, не перевіряв дотримання двох інших вимог, констатувавши порушення ст. 11 Конвенції [3].

Наявність законодавчої неврегульованості питання щодо проведення зібрань в Україні була аналогічним чином підкреслена Судом у справі «Шмушкович проти України». За обставинами вказаної справи заявника було притягнуто до адміністративної відповідальності за порушення вимоги 10-денного строку завчасного сповіщення, установлені вищезазначеним Указом Президії. ЄСПЛ, наголошуючи на аналогічності ситуації, виходячи з підстав, установлених у рішенні «Веренцов проти України», визнав порушення ст. 11 ЄКПЛ [4].

Цікавою є викладена в окремій думці позиція С. Шевчука як судді *ad hoc* у справі «Шмушкович проти України», який, цілком погоджуючись із доводами, викладеними в справі, і визнаючи порушення ст. 11 Конвенції, розкритикував указане рішення ЄСПЛ із таких підстав. Зокрема, на його думку, ЄСПЛ у цьому рішенні «зробив політичний вибір за національний законодавчий орган» щодо необхідності прийняття Україною спеціального закону, що є недопустимим. Пан С. Шевчук наголосив на виході Суду за межі своїх юридичних функцій шляхом нав'язування вибору лінії поведінки та зазначив про негативні наслідки таких дій Суду в перспективі. В окремій думці автор наголошував на тому, що в Україні ст. 39 Конституції ефективно застосовується як норма прямої дії й немає необхідності в прийнятті окремого закону, а поодинокі випадки застосування судами нижчих інстанцій нечинного Указу Президії є нічим іншим як «спотвореною судовою практикою» [4].

Забігаючи наперед, на нашу думку, сьогодні в Україні існує реальна необхідність прийняття уніфікованого закону з метою встановлення чітких та однозначних процедурних питань з приводу реалізації вказаного права, урегулювання підстав для його обмеження тощо, однак за умови, що такий закон не обмежуватиме право осіб за статтею 39 Конституції України, а слугуватиме гарантією цього права. Надважливою в цьому випадку є ст. 92 Конституції, яка передбачає аксіому, згідно з якою права і свободи людини та громадянина визначаються виключно законами України [5]. І хоча норми Конституції, які гарантують право збиратися мирно, насамперед ст. 39, є нормами прямої дії, як показує практика, на жаль, у деяких випадках такими залишаються лише на папері.

Стаття 39 Конституції передбачає повідомний характер реалізації права громадян на свободу мирних зібрань, «завчасно» попередивши органи виконавчої влади чи органи місцевого самоврядування. Частиною 2 вказаної статті закріплено легальну можливість обмеження реалізації вказаного права судом відповідно до закону й лише в інтересах національної безпеки та громадського порядку з метою запобігання заворушенням чи злочинам, для охорони здоров'я населення або захисту прав і свобод інших людей [5].

Питання роз'яснення передбаченої Конституцією вимоги щодо завчасності такого попередження стало предметом розгляду Конституційного Суду (далі – КСУ), який у Рішенні від 19.04.2001 розтлумачив зміст указаного положення, оскільки конкретного строку сповіщення відповідних органів Конституція та жоден інший законодавчий акт не передбачає. КСУ виходив із того, що строк такого сповіщення має бути «розумним» і не повинен обмежувати громадян у її реалізації ними вказаного права, а, навпаки, бути його гарантією. КСУ акцентував увагу на цільовому призначенні такого строку, який передусім необхідний для здійснення державою її позитивних зобов'язань (здійснення відповідних підготовчих заходів, підтримання громадського порядку, забезпечення безпеки учасників заходу тощо). Також завчасне повідомлення необхідно, щоб органи держави могли оцінити, наскільки відповідне зібрання відповідає закону, у разі наявності передбачених ч. 2 ризиків звернутися до суду з метою

врегулювання спірних питань. Отже, КСУ підкреслив, що визначення конкретних строків завчасного сповіщення є предметом законодавчого регулювання [6].

Зроблені КСУ висновки цілком і повністю узгоджуються з позицією ЄСПЛ з приводу необхідності визначення строку завчасного повідомлення національних органів, що призначений насамперед для виконання державою її позитивних зобов'язань. Однак ЄСПЛ наголошує на тому, що саме лише формальне несвоєчасне сповіщення або взагалі несповіщення відповідних національних органів за відсутності протиправних дій з боку учасників мирного зібрання не може бути підставою для обмеження громадян у реалізації їхнього права. У вказаних випадках ЄСПЛ оперує поняттям «спонтанні зібрання» й наголошує на непропорційності подібних обмежень, зокрема, у справах «Букта та інші проти Угорщини», «Сва Мольнар проти Угорщини» тощо [7, с. 35].

Для наочності звернемося до міжнародного досвіду держав-учасників Конвенції з приводу закріплення національним законодавством вимоги щодо завчасного сповіщення відповідних державних органів про проведення мирних зібрань. Результати різняться, наприклад, в Австрії цей строк становить 24 години, в Угорщині, Румунії – 72 години, у Болгарії, Греції, Німеччині, Португалії – 48 годин, Фінляндії – не пізніше ніж за 6 годин до проведення зібрання, а в деяких країнах (до яких належить й Україна) такий строк законодавчо не визначено, що часто стає підґрунтям для зловживань [8, с. 50].

Тобто, як ми бачимо, усе ж таки в національному законодавстві можна врегулювати питання щодо завчасності попередження владних органів про проведення зібрань, визначивши законодавчо розумний строк для такого сповіщення. Однак, знову ж таки, повертаючись до радянського варіанта необхідності отримання дозволу на проведення масового заходу від державного органу за 10 днів, установлення подібного, на нашу думку, значного повідомного строку є нічим не обґрунтованим, є інструментом владного впливу, оскільки в багатьох випадках, наприкладі як України, так й інших європейських країн, часто існує необхідність оперативного реагування громадянського суспільства на відповідні ситуації в державі.

Важливим для розгляду є питання встановлення законом відповідальності за порушення порядку проведення мирних зібрань і її призначення. У практиці ЄСПЛ наголошує увагу держав, що одним із порушень права на свободу мирних зібрань у розумінні п. 2 ст. 11 ЄКПЛ є призначення його організаторам або учасникам занадто суворих санкцій, зокрема адміністративних і кримінальних. Аналізуючи призначені санкції, Суд передусім акцентує увагу на пропорційності такого втручання щодо переслідуваної мети. Також Суд підкреслює, що накладення на демонстрантів кримінальних санкцій вимагає особливого обґрунтування з боку держави [2, с. 18].

Про суворість санкції ЄСПЛ дійшов висновку, зокрема, в одній із крайніх справ проти України – «Карпюк та інші проти України», де заявників було притягнуто до кримінальної відповідальності за масові безпорядки під час проведення зібрання. За обставинами справи мали місце сутички учасників із правоохоронцями, унаслідок чого було поранено кілька працівників міліції. ЄСПЛ визнав таким, що має законну основу, але надто суворим покарання для трьох із шести заявників, яким було призначено значні строки позбавлення волі. Суд не заперечував доводів уряду, що таке покарання зумовлено вимогами громадської безпеки, але відзначив, що «призначені тривалі строки позбавлення волі не були пропорційними легітимній цілі, яка переслідувалася» [9].

Як уже відзначалося, при вирішенні питання надмірної суворості призначених санкцій ЄСПЛ аналізує насамперед пропорційність втручання щодо переслідуваної мети. Озираючись на нещодавні масштабні протестні

рухи в Російській Федерації, з наукового погляду цікавим є питання пропорційності призначених реальних та умовних тюремних строків за збуряння паперових стаканів і порожніх пластикових пляшок у співробітників правоохоронних органів.

Повертаючись до питання законності обмеження права на свободу мирних зібрань в Україні та необхідності прийняття окремого законодавчого акта, необхідно відзначити таке. На нашу думку, заслуговує на підтримку позиція ЄСПЛ з приводу неможливості притягнення окремих громадян до відповідальності за порушення порядку організації та проведення зібрань за відсутності законодавчо визначеного порядку організації та проведення таких зібрань. І 26.02.2019 до Верховної Ради України був унесений Законопроект № 10081, який передбачав внесення змін до КУпАП щодо виконання рішень ЄСПЛ у справах «Веренцов проти України» та «Шмушкович проти України», а саме виключення з Кодексу ст. 185-1 і 185-2. Однак указаний Законопроект із невідомих причин 29.02.2019 відкликано.

Противники запровадження спеціального закону наголошують на недопустимості його прийняття, обґрунтовуючи це тим, що в такий спосіб певні політичні сили зможуть незаконно регулювати й обмежувати реалізацію громадянами засадничого права на свободу мирних зібрань, що може призвести до нищівних наслідків для всього демократичного ладу. Указана позиція однозначно заслуговує на увагу, однак, на нашу думку, вона не є правильною.

На ухваленні спеціального закону наполягали також такі правозахисні організації, як Українська Гельсінська спілка з прав людини та Харківська правозахисна група. Апогеєм розвитку цього питання стали внесені до Верховної Ради України у 2015 р. два законопроекти – № 3587 і № 3587-1, які заслуговують на увагу. Прийняття вказаних законопроектів рекомендувала також і Венеціанська комісія, яка, висловивши незначні зауваження, загалом зробила висновок про їх відповідність європейським стандартам [10, с. 6–7].

На нашу думку, Законопроект № 3587 був досить якісним і містив такі прогресивні положення: необхідність організатора мирного зібрання письмово повідомити відповідні органи не пізніше як за 48 годин до його

початку; підстави, умови та способи обмеження щодо реалізації такого права; дії правоохоронних органів у разі втрати зібранням мирного характеру тощо [11]. Другий Законопроект як особливість передбачав у певних випадках необов'язковість повідомлення відповідних органів, що, однак, не узгоджується з положеннями Конституції, і наводив випадки обов'язкового повідомлення; закріплював конкретні позитивні зобов'язання держави в особі відповідних органів (Національна поліція України, Національна гвардія України тощо) щодо сприяння зібранням і їх захисту тощо. Однак 29.08.2019 обидва законопроекти також відкликано [12].

Висновки. Отже, закріплене в ст. 11 Конвенції право осіб мирно збиратися є засадничим для існування всього демократичного ладу. Виходячи зі змісту п. 2 ст. 11 ЄКПЛ, право на мирні зібрання не є абсолютним, Конвенція передбачає підстави для правомірного обмеження вказаного права. Обов'язковим критерієм виправданості втручання в передбачене право є передбачення відповідного обмежувального заходу законом. У рішеннях ЄСПЛ наголошує, що необхідною є не лише наявність такого закону, а й висуває вимоги до його якості, передбачуваності, доступності тощо. У базових рішеннях проти України – «Веренцов проти України» та «Шмушкович проти України», ЄСПЛ акцентував увагу на законодавчій прогалині в Україні у сфері організації та проведення мирних зібрань, Суд указував на засоби її подолання, а також наголошував на неможливості притягнення осіб до відповідальності за такої ситуації. Уже довгий час, особливо в умовах сьогодення, в Україні існує реальна необхідність прийняття спеціального закону, який би визначив «правила гри» у сфері реалізації громадянами права на мирні зібрання, оскільки його відсутність стає підґрунтям для застосування владними органами широкого адміністративного розсуду, як правило, не на користь громадян. Більшість держав-учасниць Конвенції такий спеціальний закон мають. В Україні час від часу суб'єкти законодавчої ініціативи виступають із пропозиціями про прийняття відповідних законів, але, на жаль, так і не знаходять підтримки. Тому ми переконані в тому, що прийняття закону, який би не обмежував право осіб за ст. 39 Конституції України, а слугував би його гарантією, мало б лише позитивні наслідки як для громадян, так і безпосередньо для держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод від 4 листопада 1950 року / Рада Європи. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 20.04.2021).
2. Посібник за статтю 11 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Рада Європи / Європейський суд з прав людини, 2019 р. ; переклад з англійської мови. URL: https://www.echr.com.ua/wp-content/uploads/2019/12/Guide_Art_11_UKR_-2019.pdf (дата звернення: 20.04.2021).
3. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Vyrentsov v. Ukraine», заява № 20372/11, рішення від 11.04.2013 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_945#Text (дата звернення: 20.04.2021).
4. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Shmushkovych v. Ukraine», заява № 3276/10, рішення від 14.11.2013 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_990#Text (дата звернення: 20.04.2021).
5. Конституція України : Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Міністерства внутрішніх справ України щодо офіційного тлумачення положення частини першої статті 39 Конституції України про завчасне сповіщення органів виконавчої влади чи органів місцевого самоврядування про проведення зборів, мітингів, походів і демонстрацій (справа щодо завчасного сповіщення про мирні зібрання) від 19.04.2001 № 4-рп/2001 / Конституційний Суд України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v004p710-01#Text> (дата звернення: 20.04.2021).
7. Федорова А.Л. Право на свободу мирних зібрань у контексті практики Європейського суду з прав людини. *Наукові записки*. 2014. Том 155. С. 36–40.
8. Фулей Т.І. Свобода мирних зібрань : науково-методичний посібник для суддів. Київ, 2014. 112 с.
9. Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Karyuk and Others v. Ukraine», заява № 30582/04, 32152/04, рішення від 06.10.2015 / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b10#Text (дата звернення: 20.04.2021).
10. Куйбіда Р., Середа М. Свобода мирних зібрань українська версія. Аналітичний звіт. URL: https://pravo.org.ua/img/zstored/files/DRI-UA_Freedom-of-Assembly_ua.pdf (дата звернення: 20.04.2021).
11. Про гарантії свободи мирних зібрань : Проект Закону України від 07.12.2015 № 3587. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57310 (дата звернення: 20.04.2021).
12. Про гарантії свободи мирних зібрань в Україні : Проект Закону України від 11.12.2015 № 3587-1. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=57396 (дата звернення: 20.04.2021).

ДОСВІД ПОЛІЦІЇ ООН В ОЦІНЦІ ДИНАМІКИ АГРЕСИВНОСТІ НАТОВПУ В ОПЕРАЦІЯХ ІЗ ПІДТРИМАННЯ ГРОМАДСЬКОГО ПОРЯДКУ ДЛЯ ВИРОБЛЕННЯ ПОПЕРЕДЖУЮЧОЇ ПОЛІТИКИ

THE EXPERIENCE OF UN POLICE IN EVALUATING THE DYNAMICS OF CROWD'S AGGRESSIVENESS IN THE OPERATIONS AIMED AT MAINTAINING PUBLIC ORDER TO DEVELOP PREVENTION POLICY

Долженков О.Ф., д.ю.н., професор,
професор кафедри політичних наук і права

Південноукраїнський національний педагогічний університет імені К.Д. Ушинського

Пядишев В.Г., д.ю.н., доцент,
професор кафедри кібербезпеки та інформаційного забезпечення
Одеський державний університет внутрішніх справ

Стаття містить узагальнення досвіду підрозділів поліції ООН щодо врахування особливостей поведінки натовпу під час урегулювання масових заворушень. Розглядаються типи неагресивного натовпу: випадкові натовпи, глядацькі, збуджені натовпи (схожі з попередніми, але охоплені сильними емоціями). Розрізняються типи агресивного натовпу: натовп, що має на меті вандалізм або вбивство; натовп, що тікає від передбачуваної загрози; корисливий (мародерський) натовп. Простежуються три фази розвитку натовпу: прибуття, безпосередні збори, розсіювання, зокрема примусове. Висвітлюються причини трансформації неагресивного натовпу в агресивний: натуральні причини, а також роль мотиваторів-агітаторів та злочинців в організації спалаху насильства. Надаються рекомендації щодо їх своєчасного усунення з натовпу. Також спалахи насильства можуть стати результатом неадекватних дій поліції. Проаналізовано арсенал засобів і методів агресивного натовпу: від створення барикад, використання зброї і металевих снарядів, автомобільних аварій до використання слабких людей як живого щита.

Висвітлено питання, відповіді на які критичні для оцінки потенційних загроз від натовпу. Вказано на численні завдання підрозділу поліції під час взаємодії з натовпом, серед яких першими є захист права людей на законних підставах збиратися і висловлювати свою думку, а також підтримка мирної обстановки. Для поліції під час стримування натовпу основними висновками з класичної моделі натовпу є такі: 1) у особи, яка діє у складі натовпу, знижується бар'єр особистої відповідальності, 2) синдром «зараження». Встановлено, що найважливішими з висновків сучасної науки про поведінку натовпу для поліції є ті, що поведінка натовпу створюється індивідуумами, вона динамічна і залежить від контексту. Підкреслено нагальну необхідність вжити всіх заходів, щоб організувати діяльність підрозділу не в реактивному, а у випереджувальному режимі.

Ключові слова: поліція ООН, сформовані підрозділи поліції, масові заворушення, трансформація натовпу, агресивний натовп, тактика натовпу, теорія поведінки натовпу, критичні чинники.

The article contains a generalization of the experience of UN police units in assessing the peculiarities of crowd behavior when regulating mass riots. The types of non-aggressive crowd are considered as: casual crowds, crowds of spectators, agitated crowds (similar to the previous ones, but overwhelmed with strong emotions). The types of aggressive mobs are distinguished as: the mob having an aim of vandalism or murder; the escape mob, fleeing away from a perceived threat; acquisitive (looting) mob. The three crowd development phases are traced: assembly; gathering; dispersal, in particular, forced dispersal. The reasons for transformation of a non-aggressive crowd into an aggressive mob are highlighted: natural reasons, as well as the role of motivators-agitators and criminals in organizing an outbreak of violence. Recommendations for their timely elimination from the crowd are given. Also, outbreaks of violence can be the result of inappropriate police actions. The arsenal of means and methods of an aggressive mob is analyzed: from the creation of barricades; the use of weapons and projectiles; car accidents up to the use of weak people as human shields.

Questions, the answers to which are critical for assessing potential threats from the crowd, are highlighted. The numerous tasks of a police unit interacting with a crowd are pointed out, among which the first is to protect the right of people to legally assemble and express their opinion, as well as to maintain a peaceful environment. For the police, during crowd control, the main conclusions of the classical crowd model are: 1) the barrier of personal responsibility of a person acting in a crowd, is being reduced, 2) the "infection" syndrome. It was found that the most important conclusions of modern science on crowd behavior for the police are that the crowd behavior is being created by individuals, it is dynamic and it depends on the context. It was emphasized that it is absolutely necessary to take all measures to organize the activities of the unit not in a reactive, but in a proactive mode.

Key words: UN police, formed police units, riots, crowd transformation, aggressive mob, crowd tactics, crowd behavior theory, crucial factors.

Постановка проблеми. У сучасному світі майже на всіх континентах спостерігається безліч прикладів громадянських заворушень [1,3; 2,1; 3,1; 4,2; 5,2; 6,1; 7,1]. Нині їх інтенсивність зросла також у зв'язку з рухом «Black lives matter» та з пандемією COVID-19. Їх глибина і масштаби варіюються від невеликих скупчень людей, які висловлюють словесний протест, до повномасштабних заворушень, що призводять до руйнування власності та насильства стосовно інших осіб. Пов'язані з ними процеси дестабілізують діяльність і звичайний стиль існування не тільки регіонів, але й цілих держав, ведуть до руйнувань, економічних збитків та людських жертв.

В усіх країнах відповідальність за врегулювання процесів, пов'язаних із громадськими заворушеннями, покладається насамперед на спеціалізовані підрозділи поліції і входить в коло їх службово-бойової діяльності. Забез-

печення ефективного врегулювання передбачає використання безлічі компонентів діяльності поліції, одним із найважливіших серед них є здатність прогнозування поведінки натовпу, заснована на глибокому розумінні типології натовпу, фаз і можливих напрямів її розвитку залежно від множини зовнішніх і внутрішніх факторів.

Ступінь наукового розроблення теми. Службово-бойовій діяльності сил захисту правопорядку присвячена велика кількість робіт таких видатних вітчизняних учених, як Н.М. Атаманчук, О.М. Бандурка, С.В. Белай, С.А. Годлевський, В.Л. Грохольській, О.В. Гуляк, Ю.В. Дубко, І.В. Свтушенко, А.В. Жбанчик, В.С. Зеленецький, І.В. Зозуля, Р.А. Каложний, І.О. Кириченко, В.К. Колпаков, О.Г. Комісаров, О.В. Копан, О.В. Кривенко, М.В. Куркін, С.О. Кузніченко, В.В. Мацюк, В.І. Олефір, С.М. Пашков, В.П. Петков, М.Б. Саакян, Д.В. Талалай, В.М. Тертишник, О.М. Ціль-

мак, С.О. Шатрава, О.Н. Ярмиш, С.А. Яровий. Найбільш фундаментальною і всеохоплюючою роботою вітчизняних учених в цьому відношенні можна вважати навчальний посібник «Психологія натовпу та управління ним під час виконання службово-бойових завдань» Національної академії Національної Гвардії України [8].

Проте останнім часом саме за кордоном має місце величезна кількість і різноманітність цивільних заворушень і накопичений значний досвід взаємодії поліції з різними видами натовпу. Значною мірою з цією діяльністю доводиться стикатися у складі операцій з підтримання миру в зонах локальних збройних конфліктів представниками поліції ООН, а саме так званім «сформованим підрозділом поліції» – СПП (formed police units – FPU), яким безпосередньо доводиться взаємодіяти з некерованим або агресивним натовпом [9].

Метою пропонованої роботи є розкриття чинників, що визначають поведінку натовпу і впливають на ефективність і безпеку діяльності підрозділів поліції щодо підтримання громадського порядку в умовах сучасних масових подій.

Виклад основного матеріалу.

1. Відмінності масових зборів

З погляду правоохоронних органів натовпи слід класифікувати насамперед за ознакою агресивності:

- неагресивний натовп (crowd – англ.) – це законні збори людей, які організовані, дисципліновані і переслідують неагресивну мету;
- агресивний натовп (mob – англ.) – це натовп, який вийшов з-під контролю через різні сильні впливи, такі як расова напруженість, помста тощо.

Персонал СПП повинен брати до уваги, як збираються окремі особи і невеликі групи і як вони взаємодіють у процесі збору. Організована маса – це зібрання великої кількості людей і невеликих груп, тимчасово зібраних в одному місці. Ці невеликі групи зазвичай складаються з друзів, членів сім'ї або знайомих, які представляють групу переконання або спільну справу. Люди у невеликих групах відомі тільки товаришам у їхній групі та іншим учасникам зборів, які приїхали з того ж району або спільноти.

1.1. Три типи неагресивного натовпу

Випадкові натовпи (наприклад, у супермаркеті) ідентифікуються як окремі особи або невеликі групи, у яких немає нічого спільного, щоб пов'язати їх разом. Якщо вони мають плани, то тільки їхні власні. Вони перебувають окремо і залишають місце окремо. Випадкові натовпи складаються з окремих осіб або невеликих груп, що займають одне і те ж місце, наприклад торговий центр, де ці люди або невеликі групи зустрічаються випадково.

Натовпи глядачів (наприклад, на спортивних заходах) схожі на випадкові натовпи з одним додатковим елементом – подією. Є безліч подій, які змушують людей збиратися у натовп, наприклад: спортивні заходи, пожежі і нещасні випадки, музичні концерти, страйки, демонстрації і протести. Окремі особи або групи збираються на цих заходах зі спільною метою.

Збуджені натовпи – це зазвичай випадкові натовпи або натовпи глядачів із додаванням сильних емоцій, які висловлюються вербально. У міру того, як усе більше людей в натовпі стають емоційно залученими, може розвиватися почуття єдності, викликаючи зміни в загальній поведінці. Крики, зойки, плач і грубі обзивання – все це прояви збудженого натовпу.

1.2. Три типи агресивного натовпу

До таких типів слід віднести:

- натовп, що має на меті знищити, пошкодити приватну власність або символи, вчинити вбивство;
- натовп, що тікає від передбачуваної загрози, такої як зброя, вогонь або сльозогінний газ;
- корисливий (мародерський) натовп, що прагне грабувати або мародерствувати.

Екстремальні акти насильства і матеріальний збиток часто є частиною діяльності агресивного натовпу. Такі натовпи складаються з окремих індивідуумів і груп, які змішуються разом і стають текучими. У таких видів натовпу є всі елементи перелічених вище типів неагресивного натовпу, з додаванням агресивних, фізичних та іноді насильницьких дій. У таких умовах люди в натовпі часто говорять і роблять те, чого зазвичай не роблять.

2. Розвиток натовпу

У всіх випадках натовп у своєму розвитку послідовно проходить процеси прибуття, збору і розсіювання.

2.1. Перша фаза – процес прибуття

Спонтанне прибуття зазвичай забезпечується неформально і в основному через інформацію з уст в уста (від однієї людини до іншої або від однієї групи до іншої). Учасники поширюють інформацію, розповідаючи один одному, коли, де і що відбудеться. Поширення інформації можливо і за допомогою електронних засобів текстових повідомлень або соціальних мереж.

Організоване прибуття здійснюють окремі особи і групи, які передають інформацію одне одному в межах підготовки до довгострокового заходу. У деяких організаторів груп є кошти для матеріально-технічної підтримки, такої як транспорт, їжа і вода для учасників. Рідко буває, що за прибуття до зборів відповідає одна група. Організованість прибуття значною мірою залежить від усталених груп, які залучають людей до зборів. Прикладами добре організованого прибуття є групи, що представляють вкрай релігійні конфесії, етнічні організації і профспілки. Організатори процесів організованого прибуття більше покладаються на централізоване планування й організації. Одна або кілька груп пропонують організаторам для контакту списки імен і груп потенційних учасників.

2.2. Друга фаза – безпосередньо збори (неагресивні натовпи, групи, окремі особи)

Неагресивні натовпи:

- не слід розглядати їх як однорідні групи;
- вони складаються не з окремих осіб, а зазвичай з невеликих груп, які можуть бути знайомі або не знайомі одна з одною;
- неагресивні натовпи зазвичай не унікальні і не відрізняються насильством або протиправною поведінкою.

Групи:

- групи і окремі особи в натовпі не однотайні в своїй мотивації;
- групи всередині натовпу часто діють в унісон, намагаючись досягти своїх цілей;
- групи складаються з людей, які зазвичай не анонімні одне одному;
- необхідно ретельно розглядати групи, що діють із різними модальностями (мають до подій різні відносини і здійснюють відповідні дії).

Фізичні особи:

- є тенденція розглядати їх як частину групи, але не як окремих суб'єктів;
- вони не демонструють унікальних емоційних проявів.

2.3. Третя фаза – процес розсіювання

Фаза розсіювання завершує процес збору або починає його згасання. Вона включає в себе переміщення людей з початкового місця, де вони зібралися, до одного або кількох альтернативних місць. Розсіювання може відбуватися в плановому порядку, в екстремному або з примусу.

Рутинне (планове) розсіювання – це коли натовп йде сам без стороннього впливу, момент його може бути вказаний заздалегідь і може бути включений в інструкції зі зборів, надані організаторами заходу.

Екстремне розсіювання – коли люди залишають територію в результаті несподіваної кризи (пожежа, вибух, загроза вибуху, терористичний акт). Люди в такій надзвичайній ситуації швидко оговтуються від початкового шоку і часто знаходять імпровізовані способи вивести себе і своїх това-

ришів із небезпечної ситуації. Тому вкрай важливо, щоб поліція на місці події уважно стежила за ситуацією, щоб не плутати розсіювання зборів з актом насильства.

Примусове розсіювання характеризується застосуванням сили. Отже, ця версія має розглядатися як останній засіб. Тому командний склад СПП на місці повинен ретельно розглянути варіант переговорів. Цей метод є кращим для використання і довів свою успішність у створенні сприятливих умов для попередження ймовірності інцидентів.

3. Оцінка потенційного розвитку масових зборів

3.1. Фактори, які необхідно врахувати під час оцінки натовпу

Командний склад СПП під час проведення операцій з управління натовпом повинен ретельно враховувати:

- оперативну обстановку;
- ставлення натовпу;
- наявність факторів і елементів, які можуть вплинути на натовп.

Неагресивні натовпи, як правило, не створюють серйозних проблем. Проте іноді неадекватність місця проведення і недостатнє розуміння натовпом ситуації призводять до травм і жертв. Надмірна скупченість призводить до втрати контролю індивідуумами, психологічних та фізіологічних проблем.

Щоб своєчасно зрозуміти, з якими загрозами доведеться зіткнутися, під час оцінки натовпу слід взяти до уваги такі чинники, як:

- масштаб натовпу;
- поведінка або відносини;
- вид діяльності;
- статичний або динамічний характер;
- напрям і задум;
- наявність зброї;
- консультації з іншими джерелами, наприклад, із місцевою владою (тут йдеться про консультації поліції зі складу операції ООН з представниками місцевої влади);
- потенційну небезпеку для людей і майна.

3.2. Причини виходу натовпу з-під контролю

У більшості випадків натовпи, що мирно зібралися, не являють собою проблем для громадського порядку. Однак є деякі обставини, що можуть створювати небезпеку трансформування натовпу в агресивний:

- ефект спускового механізму;
- невпевненість або незгода людей з тим, що відбувається;
- відчуття у людей, що час йде даремно;
- натовп не має внутрішньої організації;
- люди втомилися чекати;
- має місце умисний саботаж;
- погане планування / недолік культури організаторів;
- дії поліції або учасників зустрічної демонстрації.

Натовп складається з людей, які, хоча, можливо, дуже мотивовані і захоплені, але також залежать від своїх власних потреб. Дощова або холодна погода може викликати роздратування у всіх, за винятком кількох дуже мотивованих і дисциплінованих осіб. Як спусковий механізм можуть діяти й інші фактори, такі як саботаж, недоробки на етапі організації, контакт із зустрічною демонстрацією і надмірна реакція правоохоронних органів.

При цьому слід мати на увазі можливість того, що деякі особи або групи у складі неагресивного натовпу (наприклад, організованої демонстрації) можуть підбурювати до руйнувань, до насильства, до знищення власності і провадження влади. В арсеналі цих осіб є такі засоби, як:

- мотивації;
- заворушення;
- заколот;
- паніка.

Мотивація до заворушення може бути створена штучно. Присутність у натовпі мотиваторів-агітаторів, а також проникнення до неї злочинців може призвести до спалаху насильства. Насильство може стати результатом

дій і демонстрантів, і поліції. Щоб обмежити ескалацію насильства, необхідно ретельно продумати дії поліції.

Заворушення небезпечні тим, що протягом них окремі особи або невеличкі групи сприяють доведенню ситуації до серйозних порушень громадського порядку, що також розвиває загальну метушню.

Заколот сприяє розвитку надзвичайно нестабільного середовища. Одна або кілька груп або осіб у натовпі загрожують іншим особам чи майну або діють стосовно них із застосуванням насильства.

Панічна реакція учасників може виникнути з високим ступенем ймовірності при трансформації неагресивного натовпу в агресивний. Люди можуть відчуття, що їхня безпека перебуває під загрозою. Це може створити стресову ситуацію «бий або біжи». Люди в натовпі, що намагаються покинути небезпечну зону, можуть виявити, що шляхи до відходу заблоковані. Це часто призводить до бурхливої реакції. Паніку і замішання підсилює використання владою засобів боротьби із заворушеннями.

3.3. Тактика натовпу

Згідно зі сказаним вище, всі види тактики натовпу слід насамперед розділити на такі групи:

- ненасильницькі види (наприклад, сидяча демонстрація);
- насильницькі види.

Окремі особи і невеликі групи в натовпі використовують величезну різноманітність тактики протистояння владі, підриву порядку і створення заворушень для досягнення своїх цілей. Ця тактика може бути спланованою або ситуативною, насильницькою або ненасильницькою.

Завичай вливання окремих осіб і невеликих груп у натовп не пов'язане з насильством. Ненасильницькі дії натовпу можуть створити проблеми для влади, тому що вони знаходяться в прямому протиріччі з тим, чого влада хоче добитися від них. Наприклад, вони відмовляються йти на вимогу, зчіплюються руками, сидять перед або навколо територій і будівель, які влада намагається очистити.

Перехід від неагресивного натовпу до натовпу агресивного може бути дуже жорстоким і руйнівним. Такий натовп завдає фізичні удари перехожим, іншим учасникам натовпу або поліціантам, які перебувають на місці подій. Він може знищувати приватну і суспільну власність, підпалювати, кидати коктейлі Молотова, використовувати іншу зброю або снаряди, що знаходяться в їхньому розпорядженні. Деякі насильницькі методи використовуються, щоби створити плутанину або відвернути увагу від іншої діяльності. Єдині обмеження для насильницьких елементів визначаються їхніми можливостями, здібностями їх лідерів і ступенем доступності ресурсів.

Арсенал тактики (засобів і методів), яку може застосувати натовп, досить широкий: створення барикад; використання зброї і снарядів; обманні і флангові дії; участь у словесних образах; використання транспортних засобів та інших предметів; підпали; використання невинних і слабких людей; інтенсивне метання предметів; автомобільні аварії; дії в зонах руйнувань і нетрів; нанесення ножових ударів; використання вогнепальної зброї; використання панічних реакцій; задуха; руйнування; кидання коктейлів Молотова; насильство заради насильства; знищення майна; мародерство; снайперська стрільба; застосування вибухових речовин.

Організований агресивний натовп прагне придушити, збити з пантелику, заплутати і стримати поліцію, використовуючи описані тактики. Сильні натовпи можуть спурджувати фізичні перепони, що перешкоджають руху і не дозволяють владі входити в певні райони або будівлі. Жінок, дітей і літніх людей часто використовують в якості бар'єрів у масових заворушеннях і розміщують перед натовпом, щоб обмежити реакцію поліції. Коли невинні і слабкі знаходяться прямо перед владою, агресивні індивідууми або групи, що стоять за ними, намагаються спровокувати реакцію влади. Часто ця тактика полягає

у використанні ситуації в очах ЗМІ для дезінформації. Незважаючи на перше враження про те, що іноді вони слабкіші, жінки, діти і люди похилого віку можуть бути так само віддані справі, як і ті, хто стоїть за ними. Снайперський або масований вогонь з натовпу, будівель або інших прихованих позицій іноді може бути ефективним інструментом для терористів або інших воєнних учасників заворушень, які використовують натовп для прикриття своїх дій. Бунтівники можуть використовувати металеві вибухові речовини по-різному. У гіршому разі вибухові речовини можуть бути використані для вбивства, поранення або підризу представників влади, які гарантують громадський порядок.

3.4. Аналіз загроз, які виходять від натовпу

Для повноцінної оцінки натовпу слід знайти відповіді на такі питання:

- З кого в основному складається натовп і з кого сформовано його ядро?
- Хто ці люди і яка основна особистість натовпу?
- Які їхні цілі?
- Який склад натовпу і чи є в ньому відомі фракції?
- На що вони здатні?
- Яким є їхній традиційний поведінковий культурний репертуар?
- Коли і де вони зберуться?
- Куди вони підуть?
- Які можливі цілі насильства?
- Коли і куди вони розійдуться?
- Чи плануються наступні зібрання?
- Який найгірший сценарій?

3.5. Першорядні завдання підрозділу під час взаємодії з натовпом

Збір і аналіз інформації про подію має вирішальне значення для підвищення ефективності планування діяльності СПП і реагування на інциденти, пов'язані з управлінням натовпом. Водночас під час оцінки впливу від очікуваної події насамперед слід враховувати необхідність:

- захищати права людей на законних підставах збиратися і висловлювати свою думку;
- підтримувати мирну обстановку;
- направляти працівників поліції для збору інформації і, в кінцевому підсумку, для збору доказів;
- сприяти діяльності, пов'язаній із подією;
- сприяти місцевій владі у забезпеченні громадської безпеки;
- боротися з незаконним поведінням, що відбувалося в минулому, у поточному часі або очікується.

Попередня оцінка обстановки може містити визначення: часу події, тривалості, місця, типу запланованої діяльності.

4. Облік поведінкових теорій під час стримування натовпу

Під час планування та здійснення протидії натовпу розуміння поведінки натовпу є основоположним. Поєднання даних теорії про поведінку натовпу з поточними фактами дозволяє скласти більш адекватний план дій. Маючи в своєму розпорядженні цю інформацію, можна з готовністю реагувати на зміни обставин так, щоб дії СПП були проактивними (попереджуючими), а не реактивними (відповідними). Існує кілька теорій поведінки натовпу, деякі з яких необхідно враховувати в цій діяльності.

4.1. Класична модель натовпу

Гюстав Ле Бон, французький соціальний психолог, основоположник психології натовпу, яка пояснює, чому люди у складі груп роблять певні речі, в 1895 році у своїй книзі «Натовп: дослідження народного мислення» відзначав, що поведінка натовпу пояснюється «колективною расовою несвідомою» якістю, властивою натовпу, що перевершує індивідуальні почуття особистості, а також особисту відповідальність [10]. За його словами, люди, звільнені від особистої відповідальності, будуть вести себе більш примітивно. Ле Бон стверджував, що «завдяки

тому факту, що вона стає частиною організованого натовпу, людина спускається на кілька сходинок по сходах цивілізації». Пізніше зазначені ідеї розвивалися у працях З. Фрейда, зокрема, у книзі «Психологія мас і аналіз людського «я»» [11].

4.2. Основні висновки сучасної науки про поведінку натовпу

Сформульовано три важливі концепції, що відображають погляд на поведінку натовпу:

- Поведінка натовпу створюється індивідуумами: кожен з них реагує й обробляє інформацію за своїм унікальним шаблоном, забезпечуючи різноманітність натовпу.
 - Поведінка натовпу залежить від контексту (фізичного і соціального) і взаємодією із зовнішніми факторами і впливає на індивідуальний вибір в будь-якому контексті.
 - Поведінка натовпу динамічна: поведінка в натовпі постійно змінюється, і вона заснована на постійній взаємодії між людьми і навколишнім середовищем протягом часу.
- У цьому сенсі поведінка натовпу являє собою складну систему з безліччю потенційно взаємопов'язаних факторів, які відіграють важливу роль. Кожен крок у часі являє собою унікальну картину.

4.3. «Теорія зараження»

Ле Бон свого часу сформулював також «теорію зараження», згідно з якою натовп здійснює на своїх членів вплив, подібний гіпнотичному. Ефект зараження, на його думку, визначається такими факторами, як:

- емоції;
- вплив на різних людей, що знаходяться в натовпі;
- почуття анонімності;
- натовп та індивідуальна поведінка;
- зміщення моральної відповідальності;
- вплив поведінки натовпу.

Цей ефект у поєднанні з анонімністю належності до великої групи людей, навіть всього на один момент, призводить до нелогічної, емоційно зумовленої поведінки. У підсумку натовп набуває власного життя, стимулюючи емоції і підштовхуючи людей до ірраціональних, навіть насильницьких дій.

4.4. «Модель соціальної ідентичності, що виробляється»

Модель соціальної ідентичності, що виробляється (Elaborated Social Identity Model – ESIM), – це соціально-психологічне пояснення поведінки натовпу, яка містить групові взаємодії, наприклад поліція проти натовпу [12]. ESIM описує поведінку натовпу на основі того, як люди сприймають себе як членів групи, з погляду їх соціальної ідентичності [13], а також визначають своє місце, рівень і роль в натовпі [14; 15]. Ці концепції пояснюють, наприклад, як людина, яка сприймає себе футбольним уболівальником, буде діяти як футбольний уболівальник. Відповідно до цієї моделі, відповідальність за насильство повинна бути розділена між натовпом, що зібрався, і контролюючими силами. У ній стверджується, що дії і реакція підрозділу по контролю над натовпом відіграють значну роль у рівні насильства, і вина за рівень насильства покладається на правоохоронні органи. З цієї причини члени СПП повинні повністю контролювати свої дії, реакцію і поведінку, а також те, як вони впливають на стан, поведінку і дії натовпу, що зібрався, і окремих його учасників.

4.5. Взаємодія «двох натовпів»

Дії натовпу, а також зустрічні дії поліції з підтримки і наведення порядку значною мірою можуть бути описані, як «взаємодія двох натовпів»:

- протестувальники і люди в формі;
- дія, реакція і протидія;
- дії і реакції керуючої сили відіграють значну роль у подальшому розвитку ситуації;
- метафора танцю.

Аналогія з танцем полягає у тому, що ескаляція напруженості і можливість насильства починається, коли одна або інша сторона порушує «правила кроків». Порушуючи неявні правила, що мають на увазі, один або інший натовп ініціює входження їх обох до циклу дії, реакції і протидії, що постійно нагнітається.

5. Критичні фактори, врахування яких може допомогти прогнозувати результати розвитку масових подій

До цих факторів належать такі:

– Тактичні та стратегічні рішення (наприклад, стримування або примусове розсіяння натовпу) можуть збільшувати або зменшувати ймовірність виникнення напруженості і насильства.

– Політичне втручання або дипломатичні обмеження впливають на тактику і стратегію поліції, обмежуючи доступні варіанти (наприклад, обмеження використання хімічних подразників).

– Довільне і неконтрольоване застосування нелетальних засобів, таких як розпорошення хімічного подразника на натовп, що складається з учасників, представників ЗМІ, глядачів і перехожих, може посилити напругу, зосередити увагу на виконавців і призвести до відповідної реакції на насильство.

– Накази, що віддані поліцією (наприклад, наказ розійтися) можуть бути не зрозумілі або не отримані окремими особами чи групами через мовні бар'єри (йдеться про роботу поліції ООН в будь-якій країні після збройного конфлікту), спотворене посилення або неадекватну передачу. При цьому поліція може зреагувати на ситуацію, як на відмову від покори.

– Публічні заяви і прогнози офіційних осіб у повідомленнях ЗМІ можуть викликати у натовпу тривожне очікування насильства, що може вилитися у надмірну реакцію на незначні інциденти.

– Ці очевидні приклади випадків ворожості у першу чергу впливають на поведінку маргінальних учасників, яка підсилює напруженість серед основних учасників. Їхня поведінка значно агресивніша, ніж поведінка інших людей з аналогічними обов'язками в тій самій групі.

– Роздільна лінія випадковим чином створює штучний кордон, який не слід переходити жодною зі сторін.

– Знеособлювання протилежного натовпу веде до посилення почуття загрози. Озвучування засудження і наклепу, що принижують людську гідність, є стереотипним уявленням протилежних натовпів.

– Майбутні події можуть характеризуватися скоріше ненормованим використанням сили, заснованим на попередньому аналогічному досвіді, ніж реагуванням на ситуацію відповідно до результатів планування і до нормативних вказівок по затриманню, обшуку та застосуванню сили.

– На те, якими будуть результати аналізу поліцією ситуації, на підставі яких будуть прийняті стратегічні і тактичні рішення, можуть вплинути забобони, особисті стереотипи, сприйняття легітимності, і, зрозуміло, прихильність до виконання поставлених завдань.

Висновки. Сьогодні з різних причин хвиля акцій протесту населення охоплює весь світ. І хоча ці явища викликаються різними причинами, вони особливо посилюються в умовах пандемії COVID-19. Подібні акції несуть за собою не тільки руйнування, мародерства, зрив роботи підприємств та установ та інші економічні втрати, але також і людські жертви. Боротьба з ними і мирне їх вирішення в першу чергу залежать від ефективної роботи поліції, яка, у свою чергу, залежить від тонкого розуміння процесів, що відбуваються в натовпі протестувальників. У цьому сенсі значний досвід накопичений сформованими підрозділами поліції ООН під час їх роботи на територіях після локальних збройних конфліктів.

Насамперед необхідно з високою вірогідністю розрізняти неагресивний та агресивний натовп, усвідомлюючи при цьому, що натовп може перейти з одного стану до іншого просто внаслідок невмілої або недоречної діяльності поліції. Розвиток натовпу має три фази, що взаємно перетікають. Завдання поліції – постійно і ретельно стежити за змінами в натовпі і, помітивши ознаки негативу, акуратно і професійно втрутитися, не викликаючи небажаного роздратування, здатного зіграти роль спускового механізму. При цьому необхідно знати, які саме загрози може створити конкретний натовп, постійно відстежувати їх розвиток, своєчасно і, по можливості, без залучення зайвої уваги локалізувати і виводити з гри їх джерела.

Все це вимагає значної теоретичної підготовки командного складу підрозділів поліції, відповідальних за взаємодію з натовпом, у плані знань типів натовпу, фаз його розвитку, зовнішніх і внутрішніх причин переходу натовпу в агресивний стан, аналізу загроз, які вже створює або в своєму розвитку може створити натовп. Ця підготовка повинна здійснюватися на основі глибокого знання теорії поведінки натовпу: врахування класичної моделі натовпу і висновків сучасної науки. Для всього особового складу потрібне проведення практичних занять, навчань із використанням всіх засобів, методів і техніки для конкретних ситуацій. При цьому кожен правоохоронець повинен усвідомлювати, що на ньому лежить складне завдання не просто «перемогти натовп», але захищати законні права та свободи громадян, включаючи і демонстрантів, чітко розділяючи осіб, які намагаються відстояти свої права, від осіб, що переступають межу закону.

ЛІТЕРАТУРА

- Haider, T., Mishra, H., Singh, R. K. Nails on road, barricades, cement walls: Delhi Police turns farmers' protest sites into fortresses. *India Today*. February 1, 2021. Available at: <https://www.indiatoday.in/india/story/nails-on-road-barricades-cement-walls-delhi-police-turns-farmers-protest-sites-into-fortresses-1764932-2021-02-01>
- Sudworth, J. Hong Kong protests: Police dismantle barricades 'in minutes'. *BBC News, Asia*, 14 October 2014. Available at: <https://www.bbc.com/news/av/world-asia-29616550>
- Wainman, L. Watch live: Pro-Trump protesters break police barricades at Capitol. *ABC10*, January 6, 2021. Available at: <https://www.abc10.com/article/news/local/protests/pro-trump-protesters-capitol-police-face-off-break-barriers/65-769a51a2-bb58-4a55-bec5-e3651159b213>
- Войтюк Т. Спалені барикади та автівки. Тисячі парижан вийшли на протести проти нових повноважень поліції. *Associated Press*. 5 грудня 2020. Available at: <https://suspiine.media/85824-spaleni-barikadi-ta-avtivki-tisaci-parizan-vijsli-na-protesti-proti-novih-povnovazhen-policii/>
- Myanmar protesters set up barricades as riot police fire stun grenades and tear gas. *Reuters*. Tuesday, March 02, 2021. Available at: <https://www.reuters.com/news/picture/myanmar-protesters-set-up-barricades-as-idUSRTX9YSWU>
- Поліція Гонконгу розбирає барикади. *BBC News Ukraine*. 14 жовтня 2014. Available at: https://www.bbc.com/ukrainian/news_in_brief/2014/10/141014_sa_hongkong_protests_police
- Smith, H. Greek Students at the Barricades in Dispute over Education Bill. *The Guardian*. 11 Feb 2021. Available at: <https://www.theguardian.com/world/2021/feb/11/greek-students-at-the-barricades-in-dispute-over-education-bill>
- Психологія натовпу й управління ним при виконанні службово-бойових завдань [Текст]: навч. посіб. / І. І. Приходько, О. В. Тімченко, С. Т. Полторак та ін. Х. : НА НГУ, 2015. 250 с.
- Public Order Management: Crowd Dynamics in Public Order OPs. UN Peacekeeping PDT Standards for Formed Police Units 1st edition 2015. 21 p.
- Le Bon, G. The Crowd: A Study of the Popular Mind. *Dover Publications, inc. Mineola, New York. Published in English: Copyrighted material*. 1896. P. 130. Available at: https://www.amazon.com/Crowd-Study-Popular-Mind/dp/0486419568/ref=pd_lpo_14_t_0/141-1862856-1001638?

encoding=UTF8&pd_rd_i=0486419568&pd_rd_r=365f18c7-1c7a-4ddc-80a7-855cbf71bc5c&pd_rd_w=NxDWq&pd_rd_wg=S1wsw&pf_rd_p=337be819-13af-4fb9-8b3e-a5291c097ebb&pf_rd_r=EQ7V9G7G5FK6HSN8R6CM&psc=1&refRID=EQ7V9G7G5FK6HSN8R6CM

8. Фрейд З. «Психология масс и анализ человеческого «я». М: Азбука. 2016. Год первого издания 1921. С. 192.

9. Drury J., Reicher S. Collective Action and Psychological Change: The emergency of New Sociological Identities. *British Journal of Social Psychology* (2000), 39 pp. 579-604. Available at: <http://www.sussex.ac.uk/affiliates/panic/DruryReicher2000.pdf>

10. Tajfel, H. Human Groups and Social Categories – Studies in Social Psychology. *British journal of social Psychology* (1982). 21, pp. 189-201.

11. Turner, R.H., Killian, L.M. Collective Behavior. *Prentice-Hall*, 1987. P. 414.

12. Turner, J.C., Oakes, P.J., Haslam, S.A., McGarty, C. Self and Collective: Cognition and Social Context. *Personality and Social Psychology Bulletin* 20(5), October. 1994, pp. 454–463.

ПЕРСПЕКТИВИ РАТИФІКАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКИМ СОЮЗОМ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД

PROSPECTS FOR RATIFICATION OF THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS BY THE EUROPEAN UNION

Калюжна У.О., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Соха С.С., студент I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена розгляду можливості Європейського Союзу приєднатися до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод як єдиному суб'єкту міжнародного права. Авторами проаналізовано окремі аспекти правосуб'єктності Європейського Союзу як суб'єкту міжнародного права, набуття та правові особливості такої правосуб'єктності. Також авторами наголошено на особливостях Європейського Союзу як специфічного міжнародно-правового утворення. Авторами проаналізовано наявність правових підстав для приєднання Європейського Союзу до зазначеної Конвенції, зокрема закріплення такої можливості в тексті самої Конвенції. У статті також проаналізовано подібність цінностей Європейського Союзу, передбачених Договором про Європейський Союз, та прав особи, що підпадають під захист Конвенції. Також автори звертають увагу на те, що власні акти Союзу, що регламентують захист прав людини, закріплюють тотожні положення та мають тлумачитися в тому числі з позиції Конвенції. Також у статті зазначено, що Конвенцією встановлено лише мінімальні стандарти прав людини, що отримали розширене тлумачення у власних правових актах Європейського Союзу. Авторами також наводиться співвідношення рішень Суду ЄС та Європейського суду з прав людини, які містять тотожний підхід до тлумачення окремих прав особи. Також автори наголошують на важливості ратифікації Конвенції Європейським Союзом, зокрема з метою створення єдиного європейського стандарту прав людини. У статті звертається увага також на позицію представників Ради Європи та Європейської Комісії з означеного питання. На основі дослідженого матеріалу автори роблять висновок про наявність правових передумов задля того, щоб Європейський Союз став стороною Конвенції, що матиме наслідком створення додаткового механізму захисту прав людини в європейському регіоні. Дослідження ґрунтується на положеннях Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод і Протоколів до неї, Договору про Європейський Союз, Хартії основних прав Європейського Союзу та доктринальних дослідженнях означеного питання.

Ключові слова: Європейський Союз, Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод, протокол, приєднання, права людини.

The article examines the possibility of the European Union acceding to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as a single subject of international law. The authors have analyzed certain aspects of the acquisition and legal personality of the European Union as a subject of international law. The authors also note the special features of the European Union as a specific international legal entity. The authors analyzed the existence of a legal basis for the accession of the European Union to the Convention, in particular the inclusion of this possibility in the text of the Convention itself. The article also analyzed the similarity between the values of the European Union under the Treaty on European Union and the rights of persons protected by the Convention. The authors also point out that the Union's own acts governing the protection of human rights enshrine identical provisions and must be interpreted from the standpoint of the Convention. The article also stated that the Convention established only minimum human rights standards and had been interpreted more broadly in the European Union's own legal instruments. The authors also refer to the relationship between the decisions of the EU Court of Justice and the European Court of Human Rights, which contain the same approach to the interpretation of individual human rights. The sponsors also noted the importance of the ratification of the Convention by the European Union, in particular with a view to establishing a common European standard of human rights. The article also draws attention to the position of the representatives of the Council of Europe and the European Commission on this issue. On the basis of the material examined, the authors conclude that there are legal prerequisites for the European Union to become a party to the Convention, resulting from the creation of an additional mechanism for the protection of human rights in the European region. The study is based on the provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and its Protocols, the Treaty on the European Union, the Charter of Fundamental Rights of the European Union and doctrinal studies on the subject.

Key words: European Union, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, protocol, accession, human rights.

Постановка проблеми. Нині Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (далі – ЄКПЛ, Конвенція) містить положення щодо можливості Європейським Союзом (далі – ЄС, Союз) підписання цієї Конвенції [1], проте така можливість досі не реалізована Союзом.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Останнім часом означена тематика набула поширення. Так, питанню приєднання ЄС до ЄКПЛ присвячено роботи К.І. Александрової, М.В. Буроменського, Т.В. Комарової, В.І. Муравйова, О.В. Сердюка, Н. Хроновскі та інших учених.

Мета статті – виокремити характерні особливості правосуб'єктності ЄС, що впливають на здатність Союзу бути членом міжнародних організацій, а також дослідити перспективи реалізації ЄС наданого йому права відповідно до положень ЄКПЛ щодо приєднання до Конвенції.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до ст. 47 Договору про Європейський Союз (далі – ДЄС),

Союз має правосуб'єктність [2]. Це положення вважається новелою, введеною відповідно Лісабонським договором, адже до набрання чинності останньою редакцією Договору в ньому не містилося такого положення.

Варто звернути увагу, що положення щодо правосуб'єктності ЄС сформовано досить лаконічно. Фактично вона носить лише номінативний характер. О.А. Четверіков зазначає, що така формалізація правосуб'єктності Союзу полягає у:

- визнанні Союзу єдиним суб'єктом компетенції, що надається державами-членами; прийнятті єдиної системи правових актів Союзу;
- праві Союзу укладати міжнародні угоди з третіми державами і міжнародними організаціями;
- наявності у Союзу максимально широкої правоздатності юридичної особи на території всіх його держав-членів, включаючи можливість набуття рухомого і нерухомого майна;

- визнанні деліктоздатності Союзу;
- наявності у Союзу привілеїв та імунітетів на території держав-членів;
- можливості створення дипломатичних місій (делегацій) Союзу в іноземних країнах та міжнародних організаціях;
- наявності фінансової автономії Союзу [3, с. 66–67].

Застереження щодо правосуб'єктності ЄС містяться у відповідних положеннях Декларації № 24 «Про правосуб'єктність Європейського Союзу», відповідно до яких наявність у Європейського Союзу правосуб'єктності жодною мірою не буде дозволяти Союзу законодавчим чи іншим шляхом діяти поза межами компетенції, яку надали йому держави-члени в Договорах [4, с. 337]. Тобто фактично було підкреслено обмежений характер такої правосуб'єктності (в рамках принципів пропорційності та субсидіарності компетенції Союзу).

Отже, з моменту набуття чинності Лісабонським договором ЄС фактично було наділено можливістю вступу до міжнародних організацій як суб'єкта міжнародного права.

У початковій редакції ЄКПЛ містилася норма щодо можливості підписання Конвенції лише державами-членами Ради Європи [1]. Таке встановлення кола осіб, що можуть бути підписантами Конвенції, було цілком виправданим, адже на час прийняття документу не існувало стійкого об'єднання держав на території Європи, що могло б виступати як самостійний суб'єкт міжнародного права та мати значний вплив на формування і реалізацію правової сфери.

В окремих дослідженнях містяться твердження, що ЄС є новою, сучасною формою федерації, оскільки має всі необхідні основні ознаки, притаманні державам: визначену територію, постійне населення, уряд, спроможність вступати у зносини з іншими державами [5, с. 33]. Так, дійсно, Союз має власну територію (складається з території держав-членів ЄС), постійне населення (громадяни ЄС), дворівневий уряд, можливість вступати у зносини з іншими державами і міжнародними організаціями, проте на міжнародній арені ЄС не визнається як держава іншими суб'єктами міжнародного права [6, с. 44–45]. З наведеного можна зробити висновок щодо особливої правової природи Європейського союзу, а тому внесення змін до Конвенції шляхом розширення кола потенційних підписантів є цілком виправданим.

Так, відповідно до ч. 2 ст. 59 Конвенції про захист прав та основоположних свобод людини Європейському Союзу надано можливість стати стороною ЄКПЛ [1]. Закріплення приєднання ЄС до Конвенції 1950 р. в установчому договорі продемонструвало особливу увагу учасників європейської інтеграції до рівня взаємодії систем захисту прав людини, сформованих у рамках ЄС та РЄ [7, с. 159]. Попри те, що всі держави-члени є учасниками означеної Конвенції, саме її підписання Європейським Союзом стане гарантією єдиного тлумачення та застосування у всіх країнах Союзу [8, с. 150], вироблення єдиного стандарту прав людини в регіоні.

Відповідно до ч. 2 ст. 6 ДЄС, Союз приєднується до Конвенції, проте таке приєднання не впливає на договірні зобов'язання Союзу [2]. Реалізація означеного положення є цілком виправданою, зважаючи на те, що цінності ЄС, а саме повага до людської гідності, свободи, демократії, рівності, верховенства права та поваги до прав людини [2], фактично підпадають під захист відповідними положеннями Конвенції. Фіксація такого положення має відбивати необхідність у збереженні особливостей та права Союзу, зокрема в тому, що стосується:

- 1) особливих умов можливої участі Союзу в контрольних інстанціях ЄКПЛ;
- 2) необхідних механізмів гарантування, що скарги з боку держав, що не є членами, та індивідуальні скарги правильно подавалися, залежно від обставин, проти держав-членів чи проти Союзу як такого [9].

Варто також звернути увагу, що підписання Конвенції не впливає на зобов'язання не піддавати спори щодо тлумачення або застосування Договорів жодним іншим методом урегулювання, крім передбачених у Договорах [4, с. 194, 273]. Також Угода забезпечує, що жодне з її положень не впливає на окрему позицію держав-членів стосовно Європейської Конвенції, зокрема стосовно Протоколів до неї, заходів, вжитих державами-членами, що відступають від Європейської Конвенції згідно з її статтею 15, та стосовно застережень до Європейської Конвенції [4, с. 273]. Цим положенням підкреслюється, що приєднання ЄС до положень Конвенції не має додаткових правових наслідків для держав-членів, а стосується виключно Союзу як наднаціонального рівня.

Під час дослідження цього питання варто також звернути увагу, що Європейським Союзом самостійно було прийнято акт щодо захисту прав людини – Хартію основних прав Європейського Союзу (далі – Хартія). Проте відповідно до положень означеного документу встановлено, що у разі, коли положення Хартії збігаються з правами, гарантованими Конвенцією, значення та обсяг цих прав є тотожними [10]. Власне Хартія містить розширений каталог прав, якими відповідно наділяються громадяни ЄС, проте тотожні положення мають трактуватися з урахуванням положень Конвенції. При цьому відповідно до ст. 53 Хартії встановлено коло правових актів, що також є джерелами прав людини (встановлено «горизонтальну» систему взаємодії між ними), до яких, зокрема, віднесено міжнародні угоди, сторонами яких є Союз або всі держави-члени, включаючи Конвенцію [10]. На підтвердження цього Союзом було прийнято відповідну Декларацію, згідно з положеннями якої Хартія основоположних прав Європейського Союзу, яка має обов'язкову юридичну силу, підтверджує основоположні права, гарантовані Європейською конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод, та ті, що випливають із спільних для держав-членів конституційних традицій [4, с. 337]. Варто зазначити, що нормами ЄКПЛ встановлено мінімальні стандарти захисту прав людини, тоді як положеннями Хартії створено більш розгалужену систему прав, розширено межі окремих прав та свобод.

Окремої уваги заслуговує дослідження співвідношення практики Європейського суду з прав людини та Суду ЄС. На основі аналізу прецедентної практики означених судових установ Н. Хроновскі приходить до висновку, що Суд ЄС дотримується прецедентного права ЄСПЛ, а щодо визначення змісту основних прав Європейського Союзу Суд ЄС визнає «особливе значення» ЄКПЛ. Проте слід також вказати, що, хоча за загальним принципом захисту прав людини Суд ЄС визнає права, гарантовані ЄКПЛ, і той факт, що ЄКПЛ також є складовою частиною традицій держав-членів, він ніколи не заявляв, що ЄКПЛ або рішення ЄСПЛ матимуть обов'язкове значення для ЄС до приєднання [11, с. 15–16].

На значущості підписання наголошують також уповноважені особи Ради Європи. Так, Генеральна секретарка Ради Європи в офіційному зверненні зазначає, що приєднання допоможе гарантувати узгодженість і відповідність між законодавством ЄС і системою Конвенції. Це також забезпечить, що Євросоюз підлягатиме такому самому міжнародному нагляду щодо дотримання прав людини, як і його 27 держав-членів і 20 інших країн Ради Європи, які не є членами ЄС. Це означає, що громадяни зможуть оскаржити дії ЄС перед Європейським судом із прав людини. ЄС також зможе доєднатися до своїх держав-членів у розгляді справ у Європейському суді із прав людини стосовно порушень, які виникли через законодавство ЄС [12].

Варто також звернути увагу, що приєднання ЄС до ЄКПЛ обговорюється в Європі з 1979 р., коли Європейська комісія вперше представила меморандум про приєднання

ЄС до ЄКПЛ. У 1982 р. і в 1985 р. Європейський парламент звернувся до Комісії із проханням розпочати офіційні переговори про приєднання до ЄКПЛ, проте Комісія не отримала підтримку всіх членів ЄС [11, с. 17–18]. Нині означений процес уже відновлено. Зважаючи на аргументи, що розглядалися раніше (насамперед щодо встановлення правосуб'єктності ЄС), приєднання ЄС до положень Конвенції стає більш перспективним.

Таким чином, вважаємо, що приєднання ЄС до ЄКПЛ додало би більшої злагодженості розвитку питання захисту прав людини в Європі, а також звертає увагу на необхідність уникнення конкуренції двох систем захисту прав людини (у межах РЕ та Євросоюзу) [13, с. 168].

При цьому варто також звернути увагу на Висновок 2/13 Суду ЄС від 18 грудня 2014 року, в якому надано оцінку Проекту Угоди про приєднання ЄС до ЄКПЛ та встановлено існування суттєвих перешкод для приєднання ЄС до ЄКПЛ.

Оцінка Судом ЄС проекту Угоди має ключову тезу: якщо приєднання ЄС до ЄКПЛ відбудеться відповідно до правил та процедур, що визначені у Проекті Угоди, то буде створено ризики руйнації базових засад конституційної системи ЄС. Позиція Суду ЄС обґрунтовується такими положеннями Протоколу № 8 до Лісабонського договору (2007) «Стосовно частини 2 статті 6 Договору про ЄС щодо приєднання до Європейської конвенції захист прав людини»: а) необхідність збереження особливостей ЄС та права ЄС; б) неможливість впливу на повноваження ЄС та його органів. Крім того, враховується вимога статті 344 ДЕС «не піддавати спори щодо тлумачення або застосування Договорів іншим методам регулювання, крім передбачених у Договорах» [14, с. 49].

У межах проблемного питання щодо механізму співвідповідача і залучення та розподілу відповідальності, вказаного у Висновку 2/13 Судом ЄС, у межах громадських слухань були запропоновані такі пропозиції його вирішення. Стосовно залучення вважається доцільним

переглянути п. 5 ст. 3 Проекту угоди, щоб гарантувати ЄС чи державу-члену ЄС статус співвідповідача на їхній запит без будь-якої форми перегляду ЄСПЛ. Щодо розподілу відповідальності пропонується переглянути п. 7 ст. 3 Проекту угоди, виключивши частину положення, у якому ЄСПЛ може вирішувати, як виняток із норми про спільну відповідальність, що тільки один співвідповідач несе відповідальність. Доречним визначається також подальше внесення ясності у п. 7 ст. 3 Проекту угоди стосовно застережень, зроблених державою-членом ЄС, відповідно до якого держава-член ЄС не може нести відповідальність ні як відповідач, ні як співвідповідач, виходячи з наявності такого застереження [15, с. 387].

Тобто нині також існують певні перепони щодо приєднання ЄС до Конвенції, проте вже відбувається пошук шляхів вирішення таких протиріч.

Висновки. Нині створено певні правові та організаційні передумови для того, щоб Європейський Союз став стороною Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Зважаючи на спільні цінності Союзу та закріплені у Конвенції, геополітичне становище ЄС в європейському регіоні, а також необхідність створення єдиного європейського стандарту прав людини, ратифікація Конвенції Союзом є необхідною, викликану потребами сучасного суспільства. Незважаючи на те, що положення Конвенції інкорпоровано у правопорядок ЄС як загальні принципи права, спільні для конституційних традицій держав-членів [7], шляхом ратифікації Конвенції буде встановлено додатковий контрольний механізм захисту прав людини.

Ми вважаємо, що підписання ЄС Конвенції матиме позитивний вплив для створення єдиного стандарту прав людини в Європі, при цьому це сприятиме підвищенню рівня захисту прав людини, адже єдиний підхід до тлумачення положень Конвенції сприятиме розвитку принципу правової визначеності як складової частини верховенства права.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. : станом на 2 жовт. 2013 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 23.04.2021).
2. Договір про Європейський Союз : Договір Європ. Союзу від 07.02.1992 р. : станом на 13 груд. 2007 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029 (дата звернення: 23.04.2021).
3. Европейский Союз: Основологающие акты в редакции Лиссабонского договора с комментариями / ред. С.Ю. Кашкин ; пер. А. О. Четвериков. Москва, 2008. 650 с.
4. Консолідовані версії Договору про Європейський Союз та Договору про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями : Договір Європ. Союзу від 07.02.1992 р. : станом на 25 берез. 1957 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06 (дата звернення: 23.04.2021).
5. Міжнародне право: навчальний посібник / ред. М.В. Буроменський. Київ : Юрінком Інтер, 2005. 336 с.
6. Косінова Д.С., Абрамова В.О. Питання про правову природу Європейського Союзу. *Міжнародний науковий журнал "Інтернаука". Серія: "Юридичні науки"*. 2020. Т. 2, № 11 (33). С. 40–46. URL: <https://doi.org/10.25313/2520-2308-2020-11> (дата звернення: 23.04.2021).
7. Фалеева Л.Г. Приєднання Європейського Союзу до Конвенції з прав людини: правова позиція Суду. *Судова апеляція*. 2017. № 3. С. 151–161. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Suap_2017_3_19 (дата звернення: 23.04.2021).
8. Зубко А.О., Ткачук К.Р. Особливості поняття гендерної дискримінації в розрізі практики Європейського суду з прав людини та Суду справедливості Європейського Союзу. *Журнал східноєвропейського права*. 2020. № 83. С. 149–153.
9. Четверинников А.О. Протокол # 8 – о пар. 2 ст. 6 ДЕС относительно присоединения Союза к Европейской Конвенции о защите прав человека и основных свобод. *Кафедра интеграционного и европейского права МГЮА*. URL: <https://eulaw.edu.ru/spisok-dokumentov-pravu-evropejskogo-soyuza/uchreditelnye-dokumenty/protokoly-k-uchreditelnym-dogovoram/protokol-8-o-par-2-st-6-des-otnositelno-prisoedineniya-soyuza-k-evropejskoj-konventsii-o-zashhite-prav-cheloveka-i-osnovnyh-svobod/> (дата звернення: 23.04.2021).
10. Хартія основних прав Європейського Союзу : Хартія Європ. Союзу від 07.12.2000 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524 (дата звернення: 23.04.2021).
11. Хроновскі Н. Формування єдиного європейського стандарту прав людини: приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. *Європейське право*. 2013. №1–2. С. 14–27.
12. Приєднання ЄС до Європейської конвенції з прав людини: спільна заява Ради Європи і Європейської Комісії. *Офіс Ради Європи в Україні*. URL: <https://www.coe.int/uk/web/kyiv/-/the-eu-s-accession-to-the-european-convention-on-human-rights> (дата звернення: 23.04.2021).
13. Кузьма В. Правове регулювання приєднання Європейського Союзу до Європейської конвенції про захист прав і основоположних свобод людини 1950 року: перспективи та реалії. *Національний юридичний журнал: теорія та практика*. 2017. №.1 С. 165–170.
14. Сердюк О.В. Перешкоди приєднання Європейського Союзу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод: висновок Суду ЄС 02/13 (18.12.2014). *Актуальні проблеми сучасного міжнародного права : зб. наук. ст. за матеріалами І Харк. міжнар.-прав. читань, присвяч. пам'яті проф. М.В. Яновського і В.С. Семенова*, Харків, 27 листоп. 2015 р. : у 2 ч. – Харків, 2015. ч. 1. с. 47–55.
15. Поліванова О. Процес приєднання Європейського Союзу до європейської Конвенції з прав людини після Висновку 2/13. *Підприємство, господарство і право*. 2020. № 4. С. 385–390. URL: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.4.67> (дата звернення: 23.04.2021).

МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД ДЛЯ ОЦІНКИ ПЕРЕВАГ ТА РИЗИКІВ ВІДКРИТТЯ РИНКУ ЗЕМЕЛЬНИХ РЕСУРСІВ В УКРАЇНІ

INTERNATIONAL EXPERIENCE FOR ASSESSING THE BENEFITS AND RISKS OF OPENING THE LAND RESOURCES MARKET IN UKRAINE

Клочко А.М., д.ю.н., доцент,
завідувач кафедри міжнародних відносин
Сумський національний аграрний університет

Волченко Н.В., к.е.н., доцент кафедри міжнародних відносин
Сумський національний аграрний університет

Клєцова Н.В., к.е.н., доцент кафедри міжнародних відносин
Сумський національний аграрний університет

Скасування дії мораторію на продаж земель сільськогосподарського призначення в Україні обумовлює виникнення певних ризиків, пов'язаних із цим процесом. Своєчасність відкриття ринку землі в Україні пов'язана з обраним економічним та політичним курсом держави. Висока продуктивність земель в Україні є основою інвестиційної привабливості її агропромислового комплексу. Проведення порівняльно-правового аналізу функціонування та розвитку ринку земель в окремих державах Центральної Європи дозволило констатувати про високий рівень державного управління процесами формування ринку землі. Зокрема це і сприяло проведенню успішних земельних реформ у більшості держав, що досліджувалися. Залучення ефективних технологій та високоякісне використання земель сільськогосподарського призначення в Україні можливе за рахунок нейтралізації комплексу факторів, що стримують іноземні інвестиції в аграрний бізнес. Встановлено, що окремі заходи спрямовані на трансформацію земельних відносин, які були позитивно впроваджені у державах Центральної Європи не повністю враховують особливості розвитку аграрного сектору економіки в Україні. Акцентовано про недоцільність здійснення продажу земель сільськогосподарського призначення іноземним громадянам у найближчому майбутньому. Аналіз окремих положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» № 552-IX свідчить про прогнозовані зловживання, що виходитимуть від банківських установ із іноземним капіталом, зокрема щодо можливості відчуження земельних ділянок, оформлених під заставу кредитних коштів. Тому постає питання про потребу криміналізації ухилення від відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення як предмету застави. Соціальна обумовленість такої необхідності є цілком обґрунтованою та дозволить мінімізувати ризики присвоєння банківськими установами з іноземним капіталом сільськогосподарських земель в Україні. Зроблено висновок, що банківська система є перспективним інвестором аграрного сектору економіки, проте укріплення державного регулювання щодо функціонування ринку землі в Україні дозволить впровадити майбутні перетворення земельної реформи на максимально безпечному рівні.

Ключові слова: земельні ділянки, банківські установи, іноземний капітал, застава, право власності, відчуження

The lifting of the moratorium on the sale of agricultural land in Ukraine entails certain risks associated with this process. The timeliness of the opening of the land market in Ukraine is related to the chosen economic and political course. High land productivity in Ukraine is the basis of investment attractiveness of its agro-industrial complex. The purpose of the article is to identify effectiveness of land mortgages for the agricultural sector of the economy and to determine the mechanisms of state policy aimed at legal groundwork for the guarantee of rights of landowners. Carrying out a comparative legal analysis of the functioning and development of the land market in some Central European countries revealed a high level of public management of land market formation processes. In particular, this has contributed to successful land reforms in most of the countries studied. Attracting efficient technologies and high-quality use of agricultural land in Ukraine is possible by neutralizing a set of factors that hinder foreign investment in agricultural business. It is established that some measures aimed at the transformation of land relations, which were positively implemented in the Central European countries, do not fully take into account the peculiarities of the development of the agricultural sector of the economy in Ukraine. Emphasis is placed on the inexpediency of selling agricultural land to the foreign citizens in the near future. Analysis of certain provisions of the Law of Ukraine "On Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine on the Conditions of Circulation of Agricultural Land" № 552-IX shows the projected abuse arising from banking institutions with foreign capital, in particular the possibility of alienation of land secured by credit funds. Therefore, the question arises about the need to criminalize the evasion of alienation of agricultural land as collateral. The social conditionality of such a need is quite justified and will minimize the risks of appropriation of agricultural land in Ukraine by banks with foreign capital. It is concluded that the banking system is a promising investor in the agricultural sector of the economy, but the strengthening of state regulation on the functioning of the land market in Ukraine will allow to implement the transformations of the land reform at the safest level.

Key words: land plots, banking institutions, foreign capital, pledge, ownership, alienation

Постановка проблеми. Земельні ділянки сільськогосподарського призначення є унікальними природними ресурсами держави, що приносять стабільний прибуток від розпорядження ними їх власникам. Забезпечення ефективного розвитку сільськогосподарських підприємств, як переконує досвід високорозвинених держав, підвищується за рахунок використання землі як основного ресурсу в ринковому обороті. Сільське господарство має важливе значення для економіки України, оскільки належить до найбільших секторів народного господарства. Як позитивний наслідок прийняття Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» від 31.03.2020 № 552-IX (далі – Закон України про ринок землі) забезпечується

ринковий обіг земель сільськогосподарського призначення, та додержання конституційних прав громадян України на вільне розпорядження своєю власністю, визнаються особливості правового регулювання обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення на основі ринкових механізмів переходу прав на земельні ділянки. Поряд із зазначеним, цей Закон України містить певні резонансні положення. Зокрема, виникає необхідність аналізу ризиків, пов'язаних із можливістю набуття права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення іноземними банківськими установами.

Аналіз останніх досліджень та публікацій. Окремі питання земельно-іпотечного кредитування та державного управління процесами регулювання ринку землі були

предметом досліджень науковців, вони не охоплювали проблематику ризиків набуття банками права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення. Зокрема, В.М. Алексійчук, О.Є. Гудзь, М.Я. Дем'яненко переконані, що розвиток іпотечного кредитування у сільському господарстві дозволить одержати позитивні результати цього виду кредитування для розвитку економіки у зв'язку із збільшенням розмірів інвестицій у відповідну галузь на довготривалій основі, підвищенням рівня капіталізації фінансових ресурсів, а також темпів виробництва, перерозподілом земельних ресурсів до ефективніших власників, посиленням інвестиційної спрямованості вітчизняного фінансового ринку [1, с.87]. На думку І.В. Ковалишина, кредитування під заставу землі є цілком реальним економічним явищем за умови скасування мораторію на купівлю-продаж цього активу. Існування тінювого ринку землі та неотримання державним бюджетом відповідних податкових надходжень свідчить про потребу скасування мораторію продажу та відчуження земель сільськогосподарського призначення [2, с.124]. О.О. Непочаєнко при проведенні аналізу кредитних правовідносин в аграрному секторі України встановив, що банки не враховують специфіку сезонності сільського господарства. Таким чином, штучно створюють умови неплатоспроможності позичальників, надаючи короткострокові кредити [3, с.43]. В.І. Савич в процесі дослідження моделей іпотечного кредитування з урахуванням аналізу світової практики з'ясував, що державна підтримка має місце в усіх країнах з розвинутими системами іпотечного кредитування [4, с. 31]. Поряд із зазначеними дослідженнями, вченими також були запропоновані ключові засади розвитку всіх видів кредитування господарюючих суб'єктів аграрного сектора економіки та кредитного забезпечення діяльності сільськогосподарських підприємств зокрема. Однак проблематика визначення основних засад іпотечного кредитування в аграрній сфері України у контексті трансформації соціально-економічних відносин з урахуванням євроінтеграційних процесів та закордонного досвіду іпотечного кредитування сільського господарства та застосування його у сучасних умовах розвитку української економіки залишається не вирішеною.

Мета статті спрямована на виявлення ефективності функціонування земельної іпотеки для аграрного сектору економіки та визначення механізмів формування державної політики, спрямованої на правове забезпечення гарантій прав власників земельних ділянок.

Виклад основного матеріалу. Іпотечне законодавство в умовах відкриття ринку землі в Україні повинне забезпечити власникам земельних ділянок свободу земельного обігу в тому числі й за рахунок використання застави земель. Постають питання, пов'язані із ефективністю, безпечністю та ризиками функціонування іпотечного кредитування аграрного виробництва у найближчому майбутньому в Україні. Загальна стратегія розвитку іпотечного кредитування аграрного виробництва в більшості країн ЄС направлена на створення розгалуженої інституційної інфраструктури, яка об'єднана в цілісну систему земельних відносин через спеціалізовані інститути – Фонд інституту земельного кредиту та Земельний (іпотечний) банк, метою створення яких є розробка законодавчої бази для формування цивілізованого ринку землі та відродження іпотечного кредитування [5, с. 197]. Ринок землі у країнах Центральної Європи функціонує, проте характеризується певними особливостями історичного розвитку держав. Зокрема й щодо системи іпотечного кредитування сільського господарства він є диференційованим. Однак, спільним є те, що термін надання кредитів під заставу земель сільськогосподарського призначення є довгостроковим.

Зокрема, у Республіці Болгарії з 2010 року ринок землі характеризується стабільністю та передбачуваністю. З 2014 року дозволено придбавати землю гро-

мадянам ЄС, які перебувають в державі не менше 5 років. Цінова політика на землю змінюється у напрямку зростання в середньому на 8% за рік [6]. В Естонській Республіці дозволено купувати землю громадянам ЄС. Необхідною умовою є використання землі в аграрних цілях не менше 5 років. Іншим іноземним громадянам дозволено мати не більше 10 га на особу. Характерними є орендні відносини, що складають близько 60% земельного фонду. Це перешкоджає розвитку ринку земель сільськогосподарського призначення та можливості передавання землі у заставу. Надмірне регулювання ціни на землі сільськогосподарського призначення призводить до того, що вона є порівняно невисокою щодо інших на території ЄС [7]. У 2017 році почали діяти окремі обмеження на продаж землі іноземним громадянам у Латвійській Республіці. Це пов'язане з тим, що у 2017 році в окремих регіонах держави більш ніж половина земель сільськогосподарського призначення належала компаніям з іноземним капіталом [8].

У Литовській Республіці з 2014 року [9] дозволено купувати землю іноземним громадянам держав-членів НАТО, ЄС та асоційованих членів ЄС. Необхідною умовою є зайняття фермерством та реєстроване фермерське господарство упродовж 10 років, аграрна освіта. Проте невисока продуктивність земель не призвела до великого притоку інвестицій у сільське господарство Литовської Республіки. У Республіці Польща з 2016 року дозволено купувати землю іноземним інвесторам, які проживають не менше 5 років або перебувають у шлюбі з громадянином Польщі. Через 12 років після вступу Республіки Польщі до ЄС з 1 травня 2016 року, набули чинності нові правові норми щодо торгівлі землями сільськогосподарського призначення. Земельна реформа у Республіці Польщі вважається однією з найуспішніших. У Румунії з 2014 року дозволено придбавати землю громадянам ЄС. У зв'язку із обмеженнями володіння землею ціни на землі сільськогосподарського призначення є одними з найнижчих в ЄС. Приблизно 900 тис. га земель сільськогосподарського призначення у державі належить компаніям з іноземним капіталом [10].

У Словацькій Республіці з 2014 року дозволено купувати землю як юридичним та фізичним особам [11]. Необхідною умовою є проживання та ведення бізнесу у державі не менше ніж 10 років. Приблизно 550 000 га землі сільськогосподарського призначення належить власникам, які передають землю в оренду аграрним холдінгам. У зв'язку із надмірним регулюванням ціни на землі сільськогосподарського призначення їх вартість є порівняно невисокою серед держав ЄС. В Угорщині з 2011 року дозволено придбавати землю громадянам ЄС, які ведуть сільськогосподарський бізнес упродовж 3 років, мають аграрну освіту. Юридичні особи не мають права купувати землю [12].

Зокрема, у Чеській Республіці відповідно до ст. 16 Закону Чехії «Про Державне земельне управління» № 503/2012 від 01.01.2013 р. [13], договір купівлі/продажу земельної ділянки сільськогосподарського призначення державної власності може бути укладений з юридичними особами, а також фізичними особами, які є громадянами Чехії або іншої держави-члена ЄС, держави, яка є Договірною Стороною Угоди про Європейський економічний простір. Середньорічний приріст ринкової ціни на землі сільськогосподарського призначення в Чеській Республіці складає 11%.

Системний підхід дозволив досягти позитивних результатів землекористування державам Центральної Європи, процес трансформації земельних відносин у яких враховував певні соціальні, економічні та екологічні чинники. Переважна ефективність земельних реформ держав Центральної Європи була обумовлена можливостями приватної власності на землі сільськогосподарського призначення.

Відповідно ринок купівлі продажу, як і оренди земель сформувався у спосіб приватизації державних земель із подальшим їх поверненням попереднім власникам та їх спадкоємцям. В процесі формування ринку сільськогосподарських земель в Україні проблематично орієнтуватися виключно на досвід окремої держави, кожна з яких характеризується своїми перевагами та недоліками. З іншої сторони, відповідний досвід розвинутих європейських держав підтверджує про неможливість створення абсолютно державної чи приватної форми землеволодіння.

Історичні особливості формування приватної власності на землі сільськогосподарського призначення наближені до українських у певних державах Центральної Європи, зокрема: у Республіці Болгарії, Естонській Республіці, Латвійській Республіці, Литовській Республіці, Республіці Польщі, Румунії та Угорщині. Трансформація земельних відносин у зазначених державах відбувалася поетапно в залежності від особливостей формування приватної власності у кожній із них та соціально-економічного розвитку. Формування приватної власності на землі сільськогосподарського призначення у державах Центральної Європи та Україні реалізувалося за рахунок реструктуризації окремих державних господарств у підприємства ринкового типу. Практика європейського розвитку ринку землі свідчить про необхідність державного управління процесами його формування, оскільки виключно ринкові механізми не забезпечують його ефективне функціонування. Функціонування ринку землі у державі залежить від врегульованих на законодавчому рівні гарантій власності, стабільності державної політики щодо землеволодіння, користування та розпорядження земельними ділянками.

Проведений аналіз чинного законодавства України щодо регулювання питань у сфері земельних відносин, зокрема, положення пунктів 14 та 15 розділу Х «Перехідні положення» Земельного кодексу України [14] дозволив з'ясувати, про заборону (мораторій) продажу та відчуження земель сільськогосподарського призначення (проте до набрання чинності законом про обіг земель сільськогосподарського призначення, однак не раніше 1 січня 2020 року). Це свідчило про те, що, власники землі не мали можливості нею вільно розпоряджатися, а оптимальним способом передачі земельних ділянок іншим особам було укладання договору оренди землі, що дозволяє констатувати про відсутність в Україні відповідної моделі запровадження, обслуговування та функціонування ринку купівлі та продажу сільськогосподарської землі. Під дію цього мораторію підпадали 96 % земель сільськогосподарського призначення, з яких 68 %, які перебували у власності селян. Аналіз наукових досліджень та законодавства зарубіжних держав дозволив з'ясувати, що подібний мораторій також встановлений в окремих державах, зокрема у Республіці Білорусь, на Кубі, у Північній Кореї та деяких інших країнах. Найбільшим власником землі у інших країнах, зокрема Австралії та Канаді є держава.

Про доцільність відкриття ринку землі в Україні свідчить й практика міжнародних судів. Зокрема Ю 22 травня 2018 року Європейський суд з прав людини оприлюднив рішення у справі «Зеленчук і Цицора проти України». Суд визнав земельний мораторій порушенням права людини розпоряджатися своєю власністю, гарантованого статтею 1 Протоколу до Європейської конвенції про захист прав людини, а також статтею 41 Конституції України, за відсутності дієвого ринку землі сільськогосподарського призначення [15]. На основі цього рішення національні суди в Україні ухвалюють рішення щодо правомірності відчуження громадянами України сільськогосподарських земель до вступу в дію закону про обіг земель сільськогосподарського призначення.

Відкриття ринку землі в Україні сприятиме залученню зарубіжних інвесторів, оскільки зняття мораторію слугуватиме додатковим фактором для збільшення інвес-

тицій в економіку України та посиленню конкуренції, що сприятиме стимулюванню розвитку аграрного сектору економіки. Узагальнюючи результати проведення земельної реформи в Україні необхідно окреслити ризики для суспільства, якими вона супроводжується, зокрема: зріст соціального невдоволення, зумовлений відчуттям «несправедливої» купівлі-продажу земельних ділянок, зокрема серед противників відкриття ринку землі.

31.03.2020 року Верховною Радою України був ухвалений Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення», який набере чинності 01.07.2021 року. Відповідним Законом України передбачено формування законодавчого поля, що забезпечить запровадження ринкового обігу земель сільськогосподарського призначення. Як можна констатувати зі змісту відповідного нормативно-правового акту, створення умов набуття у власність земельних ділянок сільськогосподарського призначення для громадян України сприятиме забезпеченню реалізації конституційних прав громадян України на вільне розпорядження своєю власністю. Узагальнюючи позитивні інноваційні положення Закону України про ринок землі, право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення площею, що не перевищує 100 гектарів з 1 липня 2021 року можуть набувати громадяни України. Поряд з цим, відповідно до ст. 145 відповідного зазначеного Закону України з 1 січня 2024 року можливість придбання земельних ділянок сільськогосподарського призначення, зокрема до 10 тисяч гектарів землі, матимуть також юридичні особи, якщо їх власниками є громадяни України. Набуття права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення юридичними особами, створеними і зареєстрованими за законодавством України, учасниками (засновниками) або кінцевими бенефіціарними власниками яких є особи, які не є громадянами України, може здійснюватися з дня та за умови схвалення такого рішення на референдумі [16]. Аналіз змісту Закону України про ринок землі дозволив встановити, що його окремим інноваційним положенням є можливість орендаря передавати своє «право оренди земельної ділянки» в заставу банківській установі. Це означає у підсумку, що в разі невиконання боржником зобов'язання перед банком, кредитор отримує право користування земельною ділянкою на них же умовах що й орендар (позичальник).

За умов участі України в міжнародних інтеграційних процесах, відмова від створення повноцінного земельного ринку вимагала би зміни економічного і політичного курсу країни. Відсутність стимулів для іноземного інвестування в сільськогосподарське виробництво, у тому числі на умовах іпотеки сільськогосподарських угідь, вже зараз знижує інвестиційну привабливість агропромислового комплексу України. Питання продажу земель сільськогосподарського призначення іноземним громадянам не може розглядатися в односторонньому порядку, проте також є дискусійним на різних рівнях. З однієї сторони недопущення іноземних інвесторів до ринку сільськогосподарських земель в Україні обмежує іноземне інвестування, що, вочевидь, є несприятливим для економіки. З іншої сторони така можливість викликає значний суспільний резонанс та протести з боку громадян, що ведуть фермерське господарство в Україні. Здійснювати продаж земель сільськогосподарського призначення іноземним громадянам на даний період реалізації земельної реформи в Україні недоцільно. Це пов'язано, насамперед, з очевидною непередбачуваністю результатів відкриття ринку землі для українських громадян. Тому можливість набуття права власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення іноземними громадянам є питанням не найближчого майбутнього. Потребують вдосконалення механізми які би дозволяли ефективно розпоряджатися

земельними ресурсами, зокрема й на умовах іпотечного кредитування, а також уникаючи юридичних ризиків привласнення українських земель іноземними громадянами.

У формуванні систем іпотечного кредитування аграрного сектору зарубіжних держав вирішальне значення має державна політика, що реалізується через певні механізми державного управління. Такі механізми мають функціональний характер та передбачають цілеспрямований державний вплив на економічні процеси у державі. Окремими напрямками державної політики, спрямованими на вдосконалення умов іпотечного кредитування аграрного сектору економіки України є: державне регулювання діяльності кредиторів та сприяння у формуванні необхідної додаткової інфраструктури; формування інституційних ланок для забезпечення економічного обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення; підтримка ліквідності банківських установ наданням споживачам довгострокових кредитів за невисокими ставками; розроблення та прийняття забезпечувальної законодавчої бази, яка би регулювала питання обігу земельних ділянок сільськогосподарського призначення та використання за потреби адміністративних методів на початковому етапі впровадження відповідного законодавства.

На фоні всіх переваг, якими земельні ділянки сільськогосподарського призначення приваблюють іноземних інвесторів в Україну, існують ряд проблемних питань, які стримують залучення іноземних інвестицій в аграрний бізнес в Україні та потребують, насамперед врегулювання на державному рівні. З моменту прийняття Закону України про ринок землі та до набрання ним чинності 1 липня 2021 року продовжує діяти мораторій на землі земельні ділянки, виділені з земельних паїв, земельні паї та на всі землі державного сектору та на зміну їх цільового призначення. Відсутність належного рівня інфраструктури несприятливо позначається на залученні іноземних інвестицій у аграрний сектор економіки України. До інших проблемних питань належить складне та суперечливе правове регулювання, що проявляється у високій вартості дозволів і ліцензій, а також пов'язаній з цим корупційній складовій. Непрозоре ведення бізнесу, неупорядкована фінансова діяльність, також несприятливо позначають на довірі іноземних інвесторів до аграрного бізнесу в Україні. Викликає зацікавленість той факт, що до кола суб'єктів, які можуть набувати право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення поряд із громадянами України, юридичними особами, створеними і зареєстрованими за законодавством України, учасниками яких є лише громадяни України та/або держава, та/або територіальні громади; територіальними громадами, державою, також належать банківські установи. Проте, відносно банківських установ запроваджені обмеження щодо умов і порядку набуття земель у власність лише в порядку звернення стягнення на них як на предмет застави. При чому, такі земельні ділянки мають бути відчужені банками на земельних торгах протягом двох років з дня набуття права власності.

Необхідно зауважити, що в Україні функціонує достатньо банків з іноземним капіталом. Відповідно до даних Міністерства фінансів України станом на 1.10.2020 року в Україні діють 74 банки, з яких 33 з іноземним капіталом, а 21 з 100% іноземним капіталом [17]. З набранням чинності Законом України про ринок землі з 1 липня 2021 року банки з іноземним капіталом одержують можливість набувати право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення в порядку звернення стягнення на них як на предмет застави. Проте, такі земельні ділянки повинні бути відчужені банками на земельних торгах упродовж двох років від дня набуття права власності. Це означає, що банк з іноземним капіталом може видати позику під заставу земельної ділянки, а в подальшому вилучити її у випадку непогашення залишку по кредиту і володіти нею упродовж двох років. Аналіз змісту

ч. 1 ст. 130 відповідного закону дозволяє констатувати, що іноземці, особи без громадянства та юридичні особи не можуть бути суб'єктами набуття часток у статутному (складеному) капіталі, акцій, паїв, членства у юридичних особах (крім як у статутному (складеному) капіталі банків), які є власниками земель сільськогосподарського призначення. Тобто іноземці у статутному (складеному) капіталі банків можуть набувати право власності на земельні ділянки сільськогосподарського призначення в Україні.

В той же час чинне законодавство України не має відповідних механізмів контролю за додержанням банківськими установами вимог щодо продажу саме упродовж встановленого дворічного терміну земельних ділянок, які були отримані внаслідок звернення стягнення на предмет застави. Норма ч.1. ст. 130 відповідного Закону України про ринок землі фактично допускає можливість неконтрольованого та такого, що не має наслідком жодного виду відповідальності заволодіння банківськими установами з іноземним капіталом земельними ділянками сільськогосподарського призначення в Україні. Вважаємо це суттєвим недоліком новоприйнятого закону, що зумовлює потребу у розробці відповідних забезпечувальних норм до набрання цим законом чинності 1 липня 2021 року. Іпотечне кредитування в аграрній сфері в контексті положень такого законодавства є небезпечним та створює загрозу концентрації земельних паїв у розпорядженні банків з іноземним капіталом.

Не викликає сумнівів, що іпотечне кредитування є перспективним напрямом і потужним джерелом залучення фінансових ресурсів у сільськогосподарське виробництво. Ефективно діючий іпотечний механізм повинен стати важелем і стимулювати фінансове й економічне зростання агропромислового комплексу України, сприяючи при цьому соціальному розвитку сільських територій. У зв'язку з цим, в Україні було прийняте забезпечувальне законодавство, що у майбутньому дозволить громадянам України вільно розпоряджатися своїми земельними ділянками. Проте, існують й очевидні ризики набрання чинності Законом України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» № 552-ІХ, пов'язані із відсутністю контролю за відчуженням банками упродовж дворічного терміну земельних ділянок сільськогосподарського призначення як предмету застави на земельних торгах. Це, власне допускає можливість присвоєння банками, зокрема з іноземним капіталом, відповідних земельних ділянок, що в цілому загрожує цілісності території України та можливості вільно розпоряджатися громадянами України земельними ресурсами держави. Виникає ймовірність спричинення суспільно-небезпечних наслідків інтересам громадян України як власників та користувачів земельних ресурсів. Це зумовлює потребу криміналізації ухилення від відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення як предмету застави у визначений законом термін. При цьому суб'єктом вчинення такого кримінального правопорушення повинен є керівник банківської установи або інша службова особа банку. Предметом діяння, що пропонується до криміналізації є землі сільськогосподарського призначення. Під формулюванням «визначений законом термін» розуміємо дворічний термін, встановлений у ч.1. ст. 130 Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення» № 552-ІХ. У зв'язку із зазначеним пропонуємо доповнити Кримінальний кодекс України ст. 212²: «Ухилення від відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення».

Висновки. Розбудова спеціалізованої інфраструктури, вдосконалення системи іпотеки в сільському господарстві в Україні сприятиме залученню грошових коштів в обіг до внутрішнього використання. Мінімізація зовніш-

ніх загроз, як несприятливого наслідку відкриття ринку земельних ресурсів в Україні, до яких належать: незаконний продаж земельних ділянок, поєднаний із корупційними зловживаннями службових осіб, ухиленням від відчуження земельних ділянок сільськогосподарського призначення як предмету застави у визначений законом термін та інших суспільно-небезпечних діянь, потребують державного контролю у сфері використання земель в Україні та врегулювання на кримінально-правовому рівні. Позитивними наслідками відкриття ринку земельних ресурсів в Україні є поступове формування ринкової ціни на землю, зростанню бюджетних надходжень,

залучення інвестицій в аграрний сектор економіки. Банківська система України лише в перспективі зможе виконувати функції інвестора аграрного сектору економіки. Формування ринку сільськогосподарських земель в Україні потребує орієнтування на досвід країн Центральної Європи, які успішно проводили реформування земельних відносин, що характеризувалося перерозподілом земель, їх раціональним використанням та охороною, розробкою механізмів соціального захисту населення сільської місцевості. Відкриття ринку землі в Україні повинне супроводжуватися створенням відповідної ефективної системи контролю за іноземними інвестиціями.

ЛІТЕРАТУРА

1. Дем'яненко М. Я., Алексійчук В. М. Іпотечне кредитування в аграрному секторі економіки України : монографія. Київ: ННЦ ІАЕ, 2005. С. 87.
2. Ковалишин І. В. Сутність іпотеки та основні принципи житлового іпотечного кредитування. *Вісник Університету банківської справи Національного банку України*. 2008. №3. С. 123–127.
3. Непочатенко О. О., Чекалюк С.А. Конкурентоспроможність сільськогосподарських підприємств України. *Економіка АПК*. 2015. № 7. С. 41–46. URL: Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/E_apk_2015_7_6.
4. Савич В.І. Моделі іпотечного кредитування. *Актуальні проблеми розвитку економіки регіону*. 2012. Вип. 8(1). С. 29–35. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/aprer_2012_8%281%29_7.
5. Чепка В. В. Іпотечне кредитування в сільському господарстві. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія : Міжнародні економічні відносини та світове господарство*. 2015. Вип. 5. С. 196–200. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvuumevcg_2015_5_45.
6. Republic of Bulgaria. National statistical institute. Agricultural land market (2020). Average prices of the agricultural land transactions in 2019. URL: <https://www.nsi.bg/en/content/11616/agricultural-land-market>.
7. The official website of the Ministry of Environment of the Republic of Estonia, (2015). URL: <http://www.envir.ee/>.
8. New agricultural legislation in Latvia (2017). URL: <https://www.hdforest.com/news/new-agricultural-legislation-in-latvia>.
9. Law on land of the Republic of Lithuania. *Official gazette*, 2004a, Nr. 28–868. URL: <https://ec.europa.eu/competition/sectors/media/documents/lithuania.pdf>
10. Romania introduces restrictions on sale and purchase of agricultural land (2020). Cms Law Now. Official web-site. URL: <https://www.cms-lawnow.com/ealerts/2020/08/romania-introduces-restrictions-on-sale-and-purchase-of-agricultural-land>.
11. J. Lazíková, A. Bandlerová (2015). New Rules for Acquisition of Agricultural Land—Case of Slovakia. *EU agrarian Law*, Volume 4, Issue 1. URL: <https://agris.fao.org/agris-search/search.do?recordID=SK2016014067>.
12. Tamás Boros (2015), Policy Solutions. Hungarian Land as Political Instrument. Friedrich-Ebert-Stiftung Budapest. URL: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/budapest/12145.pdf>.
13. Amending Act no. 503/2012 Coll., On the State Land Office and amending certain related laws, as amended, and other related laws (2016). URL: <https://www.global-regulation.com/translation/czech-republic/4719592/amendment-to-the-act-on-state-land-office-and-other-laws.html>
14. Земельний кодекс України. *Відомості Верховної Ради України*, 2002, № 3-4, ст.27. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2768-14#Text>.
15. Рішення Європейського суду з прав людини від 22.05.2018 р. у справі «Зеленчук і Цицюра проти України» (Заяви № 846/16 та № 1075/16).
16. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо умов обігу земель сільськогосподарського призначення: Закон України від 31.03.2020 р. № 552-IX. *Відомості Верховної Ради України*, 2020, № 20, ст.142.
17. Міністерство фінансів України. Кількість банків в Україні (2008–2020). Кількість комерційних банків в Україні з 2019 по 2020 рр. Офіційний веб-сайт. URL: <https://index.minfin.com.ua/ua/banks/stat/count/>.

ТРАНСНАЦІОНАЛЬНІ КОРПОРАЦІЇ ПРОВІДНИХ КРАЇН СВІТУ ТА АНТИМОНОПОЛЬНЕ ЗАКОНОДАВСТВО: ПРОБЛЕМИ РЕГУЛЮВАННЯ ТА МОЖЛИВИЙ МЕХАНІЗМ ВЗАЄМОДІЇ

TRANSNATIONAL CORPORATIONS OF THE WORLD'S LEADING COUNTRIES AND ANTITRUST LAW: REGULATORY ISSUES AND POSSIBLE INTERACTION MECHANISM

Косінова Д.С., к.ю.н.,

асистент кафедри права Європейського Союзу

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Малик К.Р., студент V курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Статтю присвячено виявленню ролі транснаціональних корпорацій (далі – ТНК) у розвитку світової економіки та їхньої діяльності в Україні. Проаналізовано історію становлення та розвитку ТНК як початкового етапу зародження взаємовідносин між країнами. Висвітлено дві основні позиції, які, на думку автора, є протиставленими в укладенні масштабної міжнародної багатосторонньої угоди з міжнародних інвестицій. Автор дослідив особливості функціонування транснаціональних корпорацій у Китаї та Європі. Розглянуто масштаби діяльності найбільших світових ТНК, обсяги прямих іноземних інвестицій через ТНК, вплив глобалізаційних викликів і світової пандемії COVID-19 на діяльність ТНК. Визначено тенденції розвитку світового господарства з урахуванням регіоналізації економічних процесів і використання протекціоністської політики окремими державами. Проаналізовано позиції провідних науковців з удосконалення таких корпорацій. Автор зазначає, що поки в Україні не створено сучасної державної системи регулювання діяльності суб'єктів природних монополій. Держава та її антимонопольні органи ще досі не навчилися дотримуватися вимог законодавства, щоб допомогло правильно регулювати діяльність суб'єктів господарювання. Автор проаналізував основні проблеми вітчизняного антимонопольного законодавства, визначив, що в подоланні цих проблем може допомогти вивчення іноземного досвіду та його адаптація до вітчизняних реалій. Зазначено, що сьогодні основні нормативно-правові акти, що формують антимонопольне законодавство, потребують нагального оновлення. Автор доходить висновку, що вчасне подолання проблем захисту від монополії може вплинути на позицію України на світовій арені лідерів транснаціональних корпорацій.

Ключові слова: транснаціональна корпорація, монополія, антимонопольна політика, антимонопольне законодавство, прямі іноземні інвестиції.

The article is devoted to identifying the role of transnational corporations (TNCs) in the development of the world economy and their activities in Ukraine. The history of the establishment and development of TNCs as the initial stage of the emergence of relations between countries is analyzed. The two main positions are highlighted, which, in the author's opinion, are a confrontation in concluding a large – scale international multilateral agreement on international investments. The author studies the peculiarities of the functioning of transnational corporations in China and Europe. The scale of activity of the world's largest TNCs, the volume of foreign direct investment through TNCs, the impact of globalization challenges and the global pandemic COVID-19 on the activities of TNCs are considered. Trends in the development of the world economy are identified, taking into account the regionalization of economic processes and the use of protectionist policies by individual states. The positions of leading scientists on the improvement of such corporations are analyzed. The author notes that Ukraine has not yet created a modern state system of regulating the activities of natural monopolies. The state and its antitrust authorities have not yet learned to comply with the law to help regulate the activities of economic entities. The author analyzes the main problems of domestic antitrust law, it is determined that in overcoming these problems can help study foreign experience and its adaptation to domestic realities. It is noted that today the main normative legal acts that form antitrust law need to be urgently updated. The author concludes that the timely overcoming of the problems of protection against monopoly may affect the position of Ukraine on the world stage of leaders of transnational corporations.

Key words: transnational corporation, monopoly, antitrust policy, antitrust law, foreign direct investment.

Постановка проблеми. У сучасному суспільстві транснаціональні компанії відіграють значну роль у світовій економіці. ТНК стають провідними інвесторами, провідними торговими компаніями, стимуляторами міжнародної трудової міграції та розробниками сучасних технологій. Для гармонійного розвитку та стабільності держава насамперед повинна забезпечити не тільки вільний розвиток малого та середнього бізнесу, але й відсутність диктатури монополій. Сьогодні велика кількість компаній часто не може успішно розвивати свій бізнес і стати світовими лідерами у своїй сфері. Основна проблема виникає через зусилля монополістів заповнити ринок і «перетягнути» основні активи. Менші за обсягом компанії не можуть з ними змагатися, адже не мають досить досвіду, активів, ділової репутації та достатнього нормативного регулювання з боку держави. Україна не є винятком. На жаль, поки що антимонопольне законодавство не відповідає нормам міжнародного права через недосконалість системи державного управління загалом, але наша держава прагне до розширення власних транснаціональних компаній.

Тому актуальним і досі залишається вивчення антимонопольного регулювання за кордоном. Саме досвід провідних країн світу допоможе в розробленні новацій у постановці та виконанні завдань щодо створення сприятливих умов для розвитку економіки країни шляхом упровадження ефективної системи державного регулювання діяльності монополій у всіх сферах національної економіки з метою мінімізації збитків від діяльності, що суперечить інтересам суспільства.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані з проблемами регулювання антимонопольного законодавства, розглядали такі провідні науковці, як: В. Сіденко, О. Чернова, О. Пазиніч, І. Шкурат, А. Глушечська, О. Бакалінська, А. Ставицька, А. Перетяцько та інші вчені.

Мета статті полягає в аналізі національного антимонопольного законодавства, визначенні його основних проблем та врахуванні досвіду провідних країн світу як засобу їх подолання.

Виклад основного матеріалу. Перш за все треба звернути увагу на термінологію, яка використовується для позначення ТНК. Більшість пострадянських дослідників

використовують термін «транснаціональна корпорація», але через дискусійність самого поняття важко до кінця його зрозуміти та застосовувати на практиці. Проте можна звернутися до Кодексу поведінки транснаціональних корпорацій 1983 р., за яким «транснаціональна корпорація» визначається як підприємство, що складається з підрозділів у двох або більше країнах, які мають узгоджену політику та спільну стратегію, і є взаємопов'язаними спільними системами ухвалення рішень одного або декількох центрів, які мають значний вплив на діяльність інших компонентів, зокрема обмін знаннями, ресурсами та відповідальністю [14]. Водночас у проєкті зазначено, що його положення застосовуються до підприємств незалежно від країни походження та власності: приватної, державної чи змішаної. Пункт 20 Проєкту 2003 р. про відповідальність транснаціональних корпорацій та інших комерційних підприємств [1] містить чітке визначення з єдиним роз'ясненням, що ТНК можуть діяти в будь-якій правовій формі та діяти індивідуально або колективно. Цікавим і водночас плачевним є те, що національне антимонопольне законодавство й досі не містить законодавчого закріплення терміна «транснаціональна корпорація». На нашу думку, це є прогалиною в національному законодавстві, що згодом може призвести до проблем в економічній сфері України. Отже, щоб зрозуміти достеменно це поняття, звернімося до витоків історії.

Історія становлення та розвитку транснаціональних корпорацій бере свій початок із XVII ст., тобто з часу створення англійської компанії *East India Company*. Проте значно стрімкого розвитку транснаціоналізаційні процеси почали набувати лише наприкінці XIX ст. Цю ситуацію можна пояснити тим, що до кінця XIX ст. у світі переважало місцеве виробництво. У цей період близько 90 % всіх товарів і послуг вироблялося на базі місцевих компаній і в тих же межах реалізовувалася переважна частина виробленої продукції [10, с. 24].

Нині до діяльності ТНК ставляться по-різному й дуже часто питання їхньої ролі стає предметом гострих дискусій у межах ООН та Організації економічного співробітництва й розвитку чи Світової організації торгівлі. Як зазначає В. Сіденко, з думкою якого ми погоджуємося, нині є дві позиції: поставити ТНК під контроль, виробивши правила для їхньої діяльності, або ж лібералізувати світові інвестиційні режими й дати водночас можливість корпораціям більш ефективно маневрувати ресурсами [8]. На нашу думку, саме це протиріччя не дає змоги, на сьогоднішній день, укласти масштабну міжнародну багатосторонню угоду з міжнародних інвестицій. Проте на практиці вже є кілька прикладів, де країни саме за допомогою транснаціональних корпорацій досить-таки успішно змогли розв'язати проблеми подолання технологічного відставання, нарощування свого експортного потенціалу та прискорення економічного розвитку. Як приклад, це країни Південно-Східної та Східної Азії, остання з яких – це Китай. Саме ця країна створила потужні механізми зростання внутрішньої економіки, завдяки яким увійшла у міжнародну торгівлю з можливістю отримання інвестицій [11, с. 373]. Наприклад, Сільськогосподарський банк Китаю (*Agricultural Bank of China*) займається наданням міжнародних комерційних банківських і фінансових послуг. Корпорація здійснює свою діяльність через такі сегменти, як: «корпоративний бізнес»; «персональний банк»; «казначейські операції» та «інші операції» [13].

У Європі найбільш потужні транснаціональні корпорації розташовані в Німеччині (*Adidas Ltd., Allianz SE, Audi AG, BMW, Volkswagen AG*), Італії (*Ferriera Valsider, Trametal*), Франції (*L'Oreal, Gucci, Puma, Peugeot, Citroen*), Австрії (*Red Bull, Swarovski Crystal*) та в інших провідних країнах Європи.

Наприклад, усім відома транснаціональна корпорація *Volkswagen AG* входить у трійку найбільших світових авто-

виробників, випускаючи автомобілі під 12 торговельними марками. Успіх прийшов до цієї корпорації ще в минулому столітті й залишається досі [12].

Стрімке нарощення економічної потужності та завоювання провідних позицій у глобальній автомобільній промисловості ТНК ФРН можна пояснити їхньою активною участю у процесах економічної глобалізації й вмілим застосуванням тактик і стратегій зарубіжної експансії німецькими виробниками транспортних засобів усіх сегментів та рівнів [3, с. 316]. Хоч і ця країна застосовує застарілу німецьку модель регулювання антимонопольного законодавства, що полягає в повному праві заборони тих чи інших угод зі злиття і поглинання, якщо в результаті виникає або посилюється домінантне становище господарюючих суб'єктів на відповідному товарному ринку, але завдяки розвиненій економіці та потужним компаніям і досі є однією з провідних країн світу. Україна може взяти від цієї країни досвід побудови економіки, злагоджених стосунків з іншими країнами та досвід захисту від монополії.

Як зазначає І. Шкурат, пріоритетним може стати правильне дотримання транснаціональними корпораціями обережної позиції, а також стеження за своїми вкладеннями зі спрямуванням водночас своїх інвестицій у різні сфери. Варто пам'ятати, що у своїй діяльності потрібно запобігати можливості монополізації та використання панівного ринкового становища ТНК у цілях, не сумісних із цілями національного розвитку [11, с. 374].

Якщо говорити про Україну, то в національній економіці поки що не створено ефективного конкурентного середовища. Також залишаються малодієвими та неефективними механізми державного регулювання природних монополій. Сьогодні ціни й тарифи на їхні послуги не відповідають економічним розрахункам [2, с. 14]. На нашу думку, це виникає через те, що не створено сучасної державної системи регулювання діяльності суб'єктів природних монополій. Держава та її антимонопольні органи ще досі не навчилися дотримуватися вимог законодавства, щоб допомогло правильно регулювати діяльність суб'єктів господарювання. На жаль, найбільш монополізованими залишаються ринки платних послуг, які здійснює держава.

Якщо звернутися до досвіду зарубіжних країн, то вдалим прикладом може стати США, адже саме ця країна стала історично першою країною, що почала здійснювати, по суті, антимонопольну політику. Безпосереднім об'єктом антимонопольного регулювання в цій країні виступає господарська практика компаній. Діяльність таких компаній є багатогранною та не може бути повністю охоплена спеціальними правилами або законами, тому саме цим можна пояснити деяку узагальненість формулювань основних антитрестовських законів, неоднозначність їх тлумачення судами під час розгляду конкретних справ. Це допомогло органам антимонопольного захисту віднайти ефективні підходи щодо захисту предмета діяльності компаній, змінити пріоритети антимонопольного регулювання, а також створити необхідність індивідуальної оцінки під час розбору конкретних антимонопольних справ [6, с. 78].

Проте криза в економіці внесла свої корективи, й раніше успішний досвід США зазнав змін. Регулювання економіки в останні роки стало більш жорстким в одних сферах і більш м'яким – в інших. Однією з вічних тем новітньої економічної історії Америки було й залишається питання про те, коли та наскільки держава повинна втручатися в підприємницьку діяльність й регулювати її [5, с. 63].

Ми погоджуємося, що будь-яка держава повинна бути зацікавлена в ефективній співпраці з корпоративним сектором, а також сприяти створенню умов для його розвитку та міжнародній експансії. Наприклад, консолідація національних компаній шляхом злиття є нині єдиною можливістю протистояти поглинанню з боку провідних світових ТНК. Об'єднуючись і поглинаючи одна одну,

компанії концентрують у своїх руках економічну владу, здійснюють вплив на розвиток окремих ринків і на економічну політику окремих держав [2, с. 15]. Однак і в цьому випадку є свої негативні моменти.

Події, пов'язані з епідемією COVID-19 та карантинними заходами, призвели до різкого падіння обсягів злиття та поглинань у першому кварталі 2020 року. Через форс-мажорні обставини значну частину угод було заморожено. Інвестори не відмовлялися від угод, але, остерігаючись потенційних економічних ускладнень у майбутньому, були змушені їх відтермінувати [9, с. 50].

Також негативно на діяльності міжнародних компаній відбилися події на сході України, відбулося зменшення частки інвестицій, скорочення кількості філіалів і дочірніх підприємств через великі ризики, особливо у східній частині України [7, с. 121].

Нині вагомий внесок у розвиток національної економіки робить розвиток транснаціональної корпорації «АТБ-Маркет», прибутки якої сягають 104,9 млрд грн. Виділяються зростанням показників компанії «Укрзалізниця» та український меткомбінат ММК ім. Ілліча, який входить у групу «Метінвест» (80 млрд грн сумарний щорічний дохід). Також така компанія, як «Сільпо-Фуд» (209 млн грн прибутку), що входить до Fozzy Group, об'єднує мережі маркетів «Сільпо», «Фора», Fozzy, Le Silpo, Thrash, RINGOO та мережу аптек «Біла ромашка» [4].

Варто зауважити, що 2008 р. Верховна Рада України ратифікувала протокол приєднання нашої держави до Світової торговельної організації, що стало вагомим поштовхом вступу України до світової арени міжнародних економічних відносин. Проте і в цьому випадку не все так успішно. Основною проблемою є невідповідність національного антимонопольного законодавства нормам міжнародного права, і цю проблему можна буде розв'язати, якщо внести відповідні зміни. Поки що національне антимонопольне законодавство є більш жорстким, ніж законодавство країн Європейського Союзу [2, с. 15].

Нині чинне національне антимонопольне законодавство є застарілим і не відповідає сучасним канонам. На

нашу думку, саме через цю проблему вітчизняні компанії не можуть скласти конкуренцію провідним компаніям не лише Європи, але й світу. Також каменем спотикання є брак нормативного акта, який регулював би порядок визначення штрафів за порушення антимонопольного законодавства. Авжеж у національному законодавстві є Закон України «Про захист економічної конкуренції», але він не може охопити всі важливі аспекти. Згодом це може призвести до накладання Антимонопольним комітетом України необґрунтованих великих або занадто низьких штрафів на суб'єктів господарювання, які й без того не в найкращому становищі.

Ще однією проблемою, на нашу думку, є невизначеність у підвідомчості спорів, пов'язаних з оскарженням рішень Антимонопольного комітету України, адже на практиці вони розглядаються як адміністративними, так і господарськими судами. Важливим є те, що ми втрачаємо час на розбудову гідної країни – інвестора. У короткостроковій перспективі переважна частина країн просто втрачатиме економічну, політичну та інформаційну незалежність від дій потужних ТНК. Ба більше, країни, що розвиваються, будуть дедалі сильніше відставати за рівнем інформатизації та розкриття національного потенціалу [9, с. 50].

Висновки. З проведеного нами дослідження виявляється, що Україна поки що не готова стати впливовим гравцем на міжнародній арені, але вона прагне до розширення власних транснаціональних компаній. Для національної економіки України за умови створення відповідного зовнішнього середовища, зокрема податкового стимулювання, формування українських ТНК може стати одним зі стратегічних пріоритетів. Активізація розвитку ТНК в Україні також сприятиме підвищенню конкурентоспроможності національної економіки, забезпечить виживання національних підприємств у складних економічних умовах. Водночас забезпечення балансу між іноземними і українськими ТНК загострить конкурентну боротьбу на внутрішньому ринку та сприятиме кращому задоволенню потреб споживачів більш якісною продукцією.

ЛІТЕРАТУРА

1. Проект норм, касаючихся обов'язностей транснаціональних корпорацій і других підприємств в області прав человека от 26.08.2003 г. *Экономический и социальный совет ООН*. URL: <https://undocs.org/pdf?symbol=ru/E/CN.4/Sub.2/2003/12> (дата звернення: 19.03.2021 р.)
2. Бакалінська О. Актуальні проблеми антимонопольного законодавства України. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія : Юриспруденція*. 2014. № 12. С. 14–17.
3. Глущевська А. Трансформація глобального ланцюга створення вартості автомобільних ТНК ФРН. *Теоретичні і практичні аспекти економіки та інтелектуальної власності*. 2013. № 1. С. 313–319.
4. Головнов С., Віннічук Ю. 200 найбільших компаній України 2019 року. URL: https://biz.censor.net/resonance/3218608/200_payiblishih_kompaniy_ukrani_2019_roku (дата звернення: 21.03.2021).
5. Кейнс Дж.М. *Общая теория занятости, процента и денег*. Москва : Гелиос АРВ, 2012. 352 с.
6. Кирцнер И. *Конкуренция и предпринимательство*. Москва : Социум, 2010. 288 с.
7. Пенська І. Особливості впливу ТНК на економічний розвиток України. *Міжнародна економіка та менеджмент*. 2015. № 3. С. 114–124.
8. Сіденко В. Україна задіяна в глобалізації асиметрично. URL: <http://dialogs.org.ua/ru/dialog/opinion/10/263#op263> (дата звернення: 19.03.2021).
9. Ставицька А., Перетятко А. Функціонування транснаціональних компаній в Україні та світі. *Світове господарство та міжнародні економічні відносини*. № 48. 2020. С. 48–53.
10. Чернова О., Пазиніч О. Транснаціональні корпорації в міжнародній економічній системі. *Інвестиції: практика та досвід*. 2010. № 12. С. 24–26.
11. Шкурат І. Транснаціональні корпорації як ключова домінанта збільшення ступеня залученості України в глобалізаційний процес. *Науковий вісник: Державне управління*. 2020. № 2 (4). С. 370–379.
12. Компания Volkswagen AG: история успеха одного из 3 крупнейших автоконцернов в мире. URL: <https://columbauto.com.ua/blog/kompaniya-volkswagen-ag-istoriya-uspekha-odnogo-iz-3-krupneyshikh-avtokontsernov-v-mire/> (дата звернення: 20.03.2021).
13. Agricultural Bank of China. *Forbes*. URL: <https://www.forbes.com/companies/agricultural-bankofchina/?list=global2000#27f9de6318d0> (дата звернення: 20.03.2021).
14. Draft United Nations Code of Conduct on Transnational Corporations 1983. URL: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-legal-materials/article/draft-united-nations-codeof-conduct-on-transnationalcorporations/77FAB2464C062A749DED60D7CE847497>.

ЗОБОВ'ЯЗАННЯ ДЕРЖАВИ ЩОДО ЗАБОРОНИ КАТУВАННЯ: ПРАКТИКА ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

STATE OBLIGATIONS STATE OBLIGATIONS ON THE PROHIBITION OF TORTURE: EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS PRACTICE

Куксіна К.А., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено дослідженню позитивних і негативних зобов'язань держави щодо заборони катування за статтею 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Зазначено основні правові позиції Європейського суду з прав людини щодо тлумачення поняття катування та його відмінність від нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження. Визначено сутність і класифікацію зобов'язань держави щодо заборони катування. Досліджено негативні зобов'язання держави щодо заборони катування, а саме утримання від дій, що можуть порушувати права людини. Відповідно, позитивні зобов'язання визначають потребу у вжитті заходів для забезпечення дотримання права людини, зокрема, щодо проведення ефективного розслідування. Наведено зміст і розмежування між порушеннями права на заборону катувань матеріального та процесуального характеру. Наголошено на необхідності дотримання стандартів ефективного досудового розслідування. Проаналізовано практику Європейського суду з прав людини щодо заборони катувань та відзначено, що основні порушення полягають у жорсткому поводженні працівників правоохоронних органів стосовно заявників, наявності неналежних умов тримання під вартою, ненаданні медичної допомоги ув'язненим та відсутності повноцінного досудового розслідування. Слід зазначити, що кількість справ, які надходять до Європейського суду з прав людини від України щороку зростає. Зазначено пілотне рішення у справі «Сукачов проти України», яким було встановлено недоліки системного характеру, повторюваність порушень матеріального та процесуального аспектів статті 3 Конвенції про захист прав та основоположних свобод. Наведено комплекс заходів, які необхідно вжити в Україні для дотримання права людини на заборону катувань, зокрема, вдосконалити національне законодавство у зазначеній сфері, впроваджувати європейські стандарти у діяльність правоохоронних органів та установ виконання покарань.

Ключові слова: Конвенція про захист прав і основоположних свобод, Європейський суд із прав людини, практика ЄСПЛ, позитивні та негативні зобов'язання держав, заборона катувань.

The article highlights the issue of the positive and negative obligations of the state to prohibit torture under Article 3 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The main legal positions of the European Court of Human Rights on the interpretation of the concept of torture and its difference from inhuman or degrading treatment are indicated. The essence and classification of the state's obligations to prohibit torture are determined. The negative obligations of the state concerning the prohibition of torture, including refraining from actions that may violate human rights, are studied. In turn, the positive commitments determine the need to take measures to ensure respect for human rights, in particular to conduct an effective investigation. The content and distinction between violations of the right to prohibit torture of a material and procedural nature are given. The need to adhere to the standards of effective pre-trial investigation is emphasized. The case law of the European Court of Human Rights on the prohibition of torture is analyzed and it is noted that the main violations are ill-treatment of applicants by law enforcement officers, inadequate conditions of detention, failure to provide medical care to prisoners and lack of full pre-trial investigation. It should be noted that the number of cases received by the European Court of Human Rights from Ukraine is growing every year. The pilot decision in the case of *Sukachov v. Ukraine*, which identified systemic deficiencies, recurrence of violations of the substantive and procedural aspects of Article 3 of the Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms, is noted. A set of measures that need to be taken in Ukraine to ensure respect for human rights to prohibit torture, in particular, to improve national legislation, to implement European standards in the activities of law enforcement agencies and penitentiaries.

Key words: Convention for the Protection of Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, practice of the ECHR, positive and negative state's obligations, prohibition of torture.

Постановка проблеми. Стаття 3 Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод (далі – Конвенція) встановлює імперативну вимогу щодо абсолютної заборони катування або нелюдського чи такого, що принижує гідність, поводження або покарання. Практика Європейського суду з прав людини (далі – Суд) свідчить про важливість дотримання державами зобов'язань щодо запобігання жорсткому поводженню з боку осіб, які здійснюють державну владу та необхідність проведення ретельного розслідування з цього приводу. Окрім того, актуальною залишається проблема неналежних умов тримання під вартою, відсутність надання адекватної медичної допомоги особам в установах виконання покарань. Усе це призводить до збільшення кількості поданих заяв до Суду як проти України, так і проти інших держав – членів Ради Європи, в яких заявники посилаються на порушення статті 3 Конвенції. На початку 2020 року Судом прийнято пілотне рішення у справі «Сукачов проти України», у якому було констатовано наявність структурного та повторюваного характеру проблем. Однак з огляду на статистику винесених рішень у справах проти України за 2020 рік, питання дотримання державою зобов'язань за статтею 3 Конвенції залишається відкритим.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питанню зобов'язань держави в аспекті дотримання конвенційних вимог щодо заборони катування було присвячено чимало праць таких вітчизняних науковців, як В.Г. Буткевич, П.В. Пушкар, В.В. Касько, Т.І. Фулей, Н.М. Ахтирська, Д.І. Клепка, Ю.В. Щокін та ін.

Мета статті – визначити, у чому полягають позитивні та негативні зобов'язання держави за статтею 3 Конвенції; проаналізувати основні правові позиції Суду щодо цього; дослідити рішення Суду у справах проти України; виокремити основні порушення права на заборону катувань, встановлені Судом у справах проти України; визначити заходи, необхідні для дотримання зобов'язань держави в зазначеній сфері.

Виклад основного матеріалу. Відповідно до статей 2 та 17 Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» рішення є обов'язковим для виконання Україною відповідно до статті 46 Конвенції. Суду застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права [1].

Стаття 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року закріплює, що нікого не може бути піддано катуванню або нелюдському чи такому, що принижує гідність, поводженню або покаранню. [2] Зазначене положення має абсолютний характер та не передба-

час жодних відступів. При чому Конвенція розмежує такі види поведіння: катування, нелюдське і таке, що принижує гідність.

Одним із основоположних рішень, що розтлумачують досить стисле та лаконічне конвенційне положення щодо заборони катувань, було прийнято у справі «Ірландія проти Сполученого Королівства». [3] Суд зазначив, що погане поводження має досягти певного мінімального рівня жорстокості, щоб підпадати під дію статті 3 Конвенції. Оцінка мінімального рівня жорстокості є відносною; вона залежить від усіх обставин справи, таких, як тривалість поведіння, його фізичний і психологічний вплив, а в деяких випадках стать, вік і стан здоров'я потерпілого. Конвенція, безумовно, забороняє катування і нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження або покарання, незалежно від способу поведінки потерпілого. Держава не може ухилитися від дотримання цієї заборони «навіть у разі війни або іншої суспільної небезпеки, яка загрожує життю нації». Суд взяв до уваги відмінність, яку стаття 3 наводить між поняттями катування і нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження. Відмінність визначається головним чином ступенем інтенсивності заподіяних страждань. Автори Конвенції ввели цю диференціацію з наміром показати, що катування є особливою формою навмисного нелюдського поводження, що викликає дуже серйозні страждання.

У справі «Селмуні проти Франції» [4] дії, на які скаржитися заявник, були спрямовані на те, щоб викликати в нього почуття страху та власної нікчемності, зрештою, щоб принизити його і, можливо, зламати фізично й морально. Суд постановив, що справа дає достатньо серйозних підстав для того, щоб зробити висновок про нелюдське і таке, що принижує людську гідність, поводження із затриманим. Було доведено, що заявник зазнавав систематичних і постійних знущань протягом періоду, коли його допитували, застосовуючи принцип динамічного тлумачення Конвенції, Суд визначив дії органів влади щодо заявника як катування за статтею 3 Конвенції.

Зазначимо, що негативні зобов'язання мають конвенційну природу, адже їх сутність викладена у статтях Конвенції (наприклад, стаття 3 ЄКПЛ: «нікого не може бути піддано катуванню...»). Зміст негативних зобов'язань передбачає наявність певної заборони і пасивний характер права, тобто утримання від певних дій, які можуть привести до порушення прав людини. Теорія позитивних зобов'язань держави набула свого розвитку завдяки практиці ЄСПЛ, зокрема, у застосуванні статті 3 ЄКПЛ, хоча такі зобов'язання впливають зі статті 1 Конвенції. Відповідно, природа позитивних обов'язків передбачає вдоволення до активних дій з боку держави щодо забезпечення виконання права, передбаченого Конвенцією. Вжиття заходів з метою захисту особи від порушень за статтею 3 ЄКПЛ може передбачати низку дій як матеріального, так і процесуального характеру [5, с. 33].

Буткевич В. зазначає, що у практиці Суду можна виявити констатацію недотримання негативних зобов'язань у трьох основних категоріях порушень матеріального характеру: 1) неналежне поводження правоохоронних органів навмисного характеру (під час арешту і після, під час допиту в поліції, фізичне і психологічне насильство стосовно осіб, які знаходяться під вартою, а саме: звалтування, каліцтва, переломи, насильницьке годування без потреб, одягання мішка на голову, позбавлення сну і т. п.); 2) неналежне поводження під час законних або незаконних дій посадових чи службових осіб держави (визнання, екстрадиція в країну, де заявником погрожує застосування дій, що порушують ст. 3; тілесні покарання, навмисне знищення майна, неповідомлення рідним місця тримання під вартою чи ув'язнення та ін.); 3) неналежне поводження як результат упущень чи бездіяльності посадових і службових

осіб держави (ненадання медичної допомоги, що призвело до тяжких наслідків, незвільнення ув'язненого через халатне ставлення до обов'язків, коли термін ув'язнення закінчився та ін.). Позитивні зобов'язання (процесуальна сторона порушень ст. 3 Конвенції) мають свої особливості, коли йдеться про: 1) зобов'язання про проведення ефективного розслідування викладених в заяві скарг; 2) зобов'язання держави з упередження, припинення і покарання за неналежне поводження з боку приватних осіб. [6, с. 850 - 851]

Зі свого боку, П.В. Пушкар поділяє позитивні зобов'язання на дві категорії: вимога, щоб правова система надавала захист від нападів з боку інших осіб і не тільки представників органів держави; процесуальні зобов'язання розслідувати ствердженні порушення ефективним чином (і як наслідок присуджувати відшкодування). Прикладами неналежного дотримання цього зобов'язання щодо розслідування є такі ситуації: 1) органи розслідування не беруть показання у правоохоронців, неналежним чином перевіряють записи щодо тримання особи під вартою, виклику лікарів тощо; 2) слідчі не намагаються отримати альтернативні медичні освідчення осіб (крім тих, що їм надаються начальниками осіб, які заподіювали катування, або самими цими особами); 3) слідство допускає затягування із медичним освідченням осіб, опитуванням свідків, встановленням обставин справ; 4) органи слідства беруть до уваги свідчення правоохоронців, як правдиві, так і навпаки, можуть почати кримінальне переслідування стосовно потерпілих осіб [7, с. 96–97].

Д.І. Клепка наголошує на тому, що стандартами ефективного досудового розслідування є: незалежність органів досудового розслідування; відсутність необгрунтованого зволікання у проведенні досудового розслідування (оперативність); ретельність проведення досудового розслідування; якість норм кримінального та кримінального процесуального законодавства [8, с. 43].

У рішенні «Міхеєв проти Росії» [9] Суд вкотре висловив правову позицію з приводу ефективності досудового розслідування. Зокрема, відсутність результатів будь-якого проведеного розслідування саме по собі не свідчить про його неефективність: зобов'язання провести розслідування – це зобов'язання відносно засобів, а не результату. Окрім того, розслідування повинно бути ретельним, швидким та незалежним.

Порушення матеріального аспекту статті 3 Конвенції було констатовано у рішенні «Лінд проти Росії» [10] Суд встановив, що заявник був підданий нелюдському і такому, що принижує гідність, поводженню, оскільки він перебував у переповненій камері та йому було відмовлено у наданні медичної допомоги. Заявник був змушений жити, спати, користуватися туалетом в тій же камері з багатьма іншими ув'язненими, що саме по собі здатне стати причиною розладів і труднощів такої інтенсивності, яка перевищує рівень страждань, викликаних ув'язненням.

У справі «Каверзін проти України» Суд зазначає, що частина цієї справи стосується повторюваних проблем, які лежать в основі частих порушень Україною статті 3 Конвенції. Зокрема, приблизно у 40 своїх рішеннях Суд встановив, що державні органи України були відповідальними за жорстоке поводження з особами, які трималися під вартою, та що ефективного розслідування тверджень про таке жорстоке поводження проведено не було. Порушення, встановлені в цьому рішенні, не пов'язані з якимсь поодиноким випадком чи особливим поворотом подій у цій справі, але є наслідком нормативно-правових недоліків та недоліків адміністративної практики державних органів щодо їх зобов'язань за статтею 3 Конвенції. Ця справа разом з подібними до неї попередніми справами проти України, в яких Суд констатував порушення статті 3 Кон-

венції в процесуальному аспекті, також свідчить, що, незважаючи на загальну законодавчу заборону катування та нелюдського та такого, що принижує гідність, поводження в Україні, на практиці представники державних органів, відповідальні за таке жорстоке поводження, зазвичай уникають покарання. Суд констатує, що ситуація у цій справі повинна бути визнана такою, що є результатом проблем системного характеру на національному рівні, що з огляду на основоположні цінності демократичного суспільства, яких вони стосуються, вимагають швидкого запровадження всебічних та комплексних заходів [11].

У справі «Корнейкова та Корнейков проти України» заявниця стверджувала, що під час її перебування у пологовому будинку її приковували до ліжка. Вона також скаржилась на те, що під час судових засідань її тримали у клітці з металевими ґратами та побутові умови тримання їх під вартою та медична допомога, що надавалася заявникові у Харківському слідчому ізоляторі були неналежними. Суд наголосив, що справи за скаргами на неналежні умови тримання під вартою не зводяться до неухильного застосування принципу *affirmanti incumbit probatio*, оскільки у таких випадках лише Уряд держави-відповідача має доступ до інформації, яка може підтвердити або спростувати відповідні твердження. Застосування до хворої або слабкої особи наручників або приковування її не відповідає вимогам безпеки та означає невинуватене приниження незалежно від того, чи є воно умисним, чи ні. За обставин цієї справи сукупний вплив недостатнього харчування заявниці, неналежної організації санітарно-гігієнічних умов тримання її та її новонародженого сина, а також недостатньої тривалості прогулянок вочевидь набули такої інтенсивності, що спричинили їй фізичні та психічні страждання, які становили нелюдське та таке, що принижує гідність, поводження з нею та її дитиною [12].

Проаналізувавши обставини справи, Суд дійшов висновку про порушення статті 3 Конвенції з огляду на наступне: застосування до заявниці у пологовому будинку наручників; неналежні побутові умови тримання заявників та медична допомога у Харківському СІЗО; поміщення заявниці до металеві клітки під час судових засідань.

Надзвичайно важливим у вирішенні проблеми дотримання права людини на заборону катування є пілотне рішення у справі «Сукачов проти України» від 30 січня 2020 року. Заявник стверджував, зокрема, що умови тримання його під вартою під час досудового слідства та перевезення до суду і тримання його там у дні проведення судових засідань були нелюдськими та такими, що принижують гідність, у порушення статті 3 Конвенції. Проаналізувавши обставини справи Суд постановив, що було порушено статтю 3 Конвенції у зв'язку з умовами тримання заявника під вартою у Дніпровському СІЗО (за виключенням періодів, коли доступний йому особистий простір був більше 4 м²). Окрім того, Суд зазначив, що ця справа стосується повторюваної проблеми, яка лежить в основі неодноразових порушень Україною статті 3 Конвенції. Зокрема, з моменту ухвалення його першого рішення щодо умов тримання під вартою в Україні («Невмержицький проти України» (*Nevmerzhtsky v. Ukraine*), заява № 54825/00, ЄСПЛ 2005-II) Суд виніс п'ятдесят п'ять рішень, встановлюючи порушення статті 3 Конвенції у зв'язку з поганими умовами тримання під вартою у слідчих ізоляторах. Убачається, що незважаючи на висновки, висловлювані Судом щодо України майже щорічно з 2005 року, на національному рівні структурна проблема досі не вирішена [13].

У вищезазначеному пілотному рішенні було визначено зобов'язання держави, серед яких варто зазначити програми для зменшення переповненості та поліпшення умов тримання під вартою. Укотре постає питання реформування пенітенціарної системи в Україні та вдосконалення норм національного законодавства.

Однак протягом 2020 року Судом було винесено чимало рішень у справах проти України, у яких було встановлено порушення статті 3 Конвенції. При чому Суд при аргументації наголошує на повторюваності проблеми та відсутності змін, які би унеможливили зазначені порушення.

У справі «Головко проти України» від 23 січня 2020 року Судом було зазначено, що національні органи влади перевіряли твердження заявника лише шляхом проведення дослідчих перевірок, не порушуючи повноцінного кримінального провадження. Суд встановив, що ця слідча процедура не відповідала принципам ефективності, оскільки слідчий міг здійснювати лише обмежений перелік процесуальних дій у рамках такої процедури, а потерпілий не мав офіційного статусу. Відтак заявнику було відмовлено в ефективному розслідуванні його небезпідставної скарги на жорстоке поводження з ним працівників міліції, а отже порушено процесуальний аспект статті 3 Конвенції [14].

У справі «Романов проти України» від 16 липня 2020 року [15] Судом було встановлено порушення статті 3 в частині неналежних умов тримання під вартою заявника та умовами його перевезення з Єнакіївської виправної колонії до Іванківської виправної колонії, оскільки камера у СІЗО, де утримувався заявник була переповнена - на кожного із чотирьох ув'язнених в одній камері мав менше 3 м² особистого простору. Окрім того, таким, що порушує статтю 3 Конвенції було визнано жорстоке поводження під час перевезення між виправними колоніями, яке полягало у відсутності належних санітарних умов, доступу до їжі та напоїв, насильства з боку працівників слідчих ізоляторів та довготривалого виснажливого перевезення. Суд також акцентував увагу на структурному характері цієї проблеми.

У справі «Шуманський проти України» від 08 жовтня 2020 року [16] заявник скаржився на жорстоке поводження з боку працівників міліції з метою змусити його зізнатися у скоєнні злочинів та відсутність повноцінного розслідування з цього приводу, оскільки прокуратура необґрунтовано відхилила висновок експерта щодо моменту отримання та походження тілесних ушкоджень. Відтак Суд констатував порушення як матеріального, так і процесуального аспекту статті 3 Конвенції.

У справі «Старишко проти України» від 15 жовтня 2020 року заявник скаржився на відсутність реальної перспективи звільнення та обмеження його права на побачення в установі виконання покарань у 2000-2014 роках. [17] Аргументуючи порушення статті 3 Конвенції Суд посилався на справу «Петухов проти України (№ 2)», де встановив, що порядку здійснення президентського помилювання - єдиний можливості пом'якшити покарання у виді довічного позбавлення волі в Україні (окрім зміни покарання у виді довічного позбавлення волі у зв'язку зі смертельним захворюванням, яка не вважалася «перспективною звільнення») бракувало достатньої чіткості, визначеності та прозорості. Існуючий в Україні режим для засуджених до довічного позбавлення волі є несумісним з метою реабілітації. Крім того, у тому ж рішенні Суд зазначив за статтею 46 Конвенції, що ця справа у частині стосовно питання того, що покарання у виді довічного позбавлення волі є таким, яке неможливо скоротити, свідчить про наявність системної проблеми, для вирішення якої вимагається вжиття заходів загального характеру [18].

Варто додати, що 3 грудня 2020 року Комітет міністрів Ради Європи прийняв рішення щодо системних проблем в українських пенітенціарних установах, у якому заступники міністрів із занепокоєнням зазначили, що стійке рішення щодо усунення несправності української пенітенціарної системи в тому, що стосується переповненості, поганих матеріальних умов тримання під вартою та перевезення й неналежного медичного обслуговування у слідчих ізоляторах та пенітенціарних установах досі не було прийняте; знову повторили про невідкладну необхідність прийняти таке

рішення, зокрема, у світлі вказівок, даних Європейським Судом у пілотному рішенні «Сукачов проти України» та у відповідь на тимчасову резолюцію Комітету Міністрів за грудень 2018 року. [19] У документі була акцентована увага на необхідності вжиття заходів щодо покращення надання медичної допомоги у пенітенціарних закладах, зміни житлових умов та харчування під час тримання під вартою, підвищення стандарту особистого простору ув'язнених.

Висновки. Аналіз змісту статті 3 Конвенції та правових позицій Суду свідчить про наявність у держав зобов'язань щодо заборони катування. Негативні зобов'язання визначають необхідність утримання від дій, зокрема, від жорстокого поводження з боку правоохоронних органів під

час затримання особи або тримання під вартою. Позитивні зобов'язання полягають у вжитті заходів як для запобігання жорстокому поводженню, так і проведення ефективного розслідування в кожному конкретному випадку. Держава зобов'язана розвивати національне законодавство, розробляти дієві механізми захисту особи у зазначеній сфері.

Нині спостерігається тенденція щодо збільшення кількості заяв до Суду проти України з приводу порушення статті 3 Конвенції. У зв'язку з цим, у 2020 році Суд прийняв пілотне рішення у справі «Сукачов проти України», у якому наголосив на необхідності вдосконалення умов тримання під вартою та впровадження ефективних засобів юридичного захисту.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини : Закон України від 23.02.2006 р. № 3477-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3477-15#Text> (дата звернення: 18.04.2021).
2. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04.11.1950 : Конвенція Ради Європи. База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 18.04.2021).
3. «Ірландія проти Сполученого Королівства» (Ireland v. the United Kingdom) : рішення ЄСПЛ від 18 січня 1978 року (заява № 5310/71). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57506> (дата звернення: 18.04.2021).
4. «Селмуні проти Франції» (Selmouni v. France) : рішення ЄСПЛ від 28.07.1999 року (заява № 25803/94). URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-58287> (дата звернення: 18.04.2021).
5. Ахтирська Н.М., Касько В.В., Маланчук Б.А., Мелікан А., Пошва Б.М., Фулей Т.І., Шукліна Н.Г. Застосування в Україні європейських стандартів протидії жорстокому поводженню і безкарності: науково-практичний посібник для суддів / За заг. ред. проф. Маляренка В.Т. – К.: «К.І.С.», 2011. – 320 с.
6. Буткевич В. Г. Особливості з'ясування правового змісту ст. 3 ЄСПЛ та застосування основних стандартів. – В кн.: Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. – К.: Ред. журн. «Право України», 2011. – Дод. до журн. «Право України». – С. 791 – 895.
7. Пушкар П. В. Заборона катувань та інші форми жорстокого поводження чи покарання: застосування практики Європейського суду з прав людини. – В кн.: Європейський суд з прав людини. Судова практика / за заг. ред. В. Г. Буткевича. – К.: Ред. журн. «Право України», 2011. – Дод. до журн. «Право України». – С. 50 – 116.
8. Коли та ким виправдовуються катування : матеріали дискус. клубу (м. Харків, 16 трав. 2019 р.) / НАПРН України, НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса – Харків : Право, 2019. – 60 с.
9. «Міхеєнко проти Росії» : рішення ЄСПЛ від 26.01.2006 року (заява № 77617/01). URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/euro/Rmikheyevcase.html>.
10. «Лінд проти Росії» : рішення ЄСПЛ від 06.12.2007 року (заява № 25664/05). URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/euro/Rlindcase.html>.
11. «Каверзін проти України» : рішення ЄСПЛ від 15.05.2012 року (заява № 23893/03). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_851#top (дата звернення: 19.04.2021).
12. «Корнейова та Корнейков проти України» : рішення ЄСПЛ від 24.03.2016 року (заява № 56660/12). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_b56/sp:max100#Text (дата звернення: 19.04.2021).
13. «Сукачов проти України» : рішення ЄСПЛ від 30.01.2020 року (заява № 14057/17). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f12#top (дата звернення: 19.04.2021).
14. «Головко проти України» : рішення ЄСПЛ від 23.01.2020 року (заява № 2053/09). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f08#Text (дата звернення: 19.04.2021).
15. «Романов проти України» : рішення ЄСПЛ від 16.07.2020 року (заява № 63782/11). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f29#top (дата звернення: 19.04.2021).
16. «Шуманський проти України» : рішення ЄСПЛ від 08.10.2020 року (заява № 70579/12). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f43#Text (дата звернення: 19.04.2021).
17. «Старишко проти України» : рішення ЄСПЛ від 15.10.2020 року (заява № 61839/12). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f41#Text (дата звернення: 19.04.2021).
18. «Петухов проти України» : рішення ЄСПЛ від 12.03.2019 року (заява № 41216/13). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d98#Text (дата звернення: 19.04.2021).
19. Рішення Комітету міністрів Ради Європи // Харківська правозахисна група. Інформаційний портал "Права людини в Україні". – 2020. – URL: <http://khp.org/1607085598>

МІЖНАРОДНО-ПРАВОВА РЕГЛАМЕНТАЦІЯ ПРОТИДІЇ ТЕРОРИЗМУ: ОКРЕМІ ПИТАННЯ

INTERNATIONAL LEGAL REGULATION OF COUNTER TERRORISM: CERTAIN ISSUES

Кукуріло Д.О., студентка III курсу
господарсько-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Актуальність цієї теми пояснюється тим, що коріння тероризму сягає давнини, і з часом дана проблема нікуди не ділась, а навпаки тільки набирає обертів та виходить на новий рівень, чим непокоїть міжнародно-правову спільноту. Історія тероризму почалася з утворенням першої чітко організованої терористичної групи – секти сікаріїв, що діяла в Палестині в 66-73 р. н. е., і продовжується донині. Намітилися певні нові тенденції в еволюції тероризму. По-перше, змінилися тактичні підходи: якщо раніше терористичні акти були поодинокими і переважно мали на меті замах на керівників держав чи інших важливих осіб, то наразі акти терору є чітко організованими і спрямовані проти більшого кола осіб. По-друге, змінилися форми й методи, а також удосконалилась ієрархія серед терористичних організацій. По-третє, науково-технічний прогрес породжує виникнення нових способів та видів тероризму. По-четверте, посилюється релігійна та етнічна ненависть, яка лише провокує виникнення нових терористичних актів [1, с. 334–336]. Таким чином, усе вищесказане зводиться до того, що необхідно по-новому підходити до врегулювання даної проблематики. У статті зазначається, що наразі не існує єдиного визначення тероризму. Далі йдеться про протидію тероризму та розглядаються окремі проблемні питання, які потребують відповіді: чи врегулюється тероризм нормами міжнародного гуманітарного права? І наступне, чи потрібно такі визначити тероризм міжнародною загрозою, яку варто врегулювати правом Женеви? Окрім того, у статті наголошується на тому, що протидія тероризму буде ефективною і дієвою лише у випадку повного та всебічного залучення усіх суб'єктів до вирішення даного питання. Такими є держава, як основний та первинний суб'єкт міжнародного права, яка має певні обов'язки, визначені міжнародно-правовими нормами. Дотримання цих обов'язків є тим базисом, що допоможе боротися з тероризмом. Іншим суб'єктом протидії визначають міжнародні організації, значну роль серед яких відіграє ООН. У підсумку статті автор дійшов висновку щодо необхідності більш поглибленого співробітництва між державами.

Ключові слова: міжнародний тероризм, протидія тероризму, право Женеви, суб'єкти протидії, міжнародно-правові норми.

The relevance of this topic is explained by the fact that the roots of terrorism go back to antiquity, and over time, this problem has not gone anywhere, but on the contrary only gaining momentum and reaching a new level, which worries the international legal community. The history of terrorism began with the formation of the first clearly organized terrorist group, the Sicarian sect, which operated in Palestine in 66-73. BC, and continues to this day. There are some new trends in the evolution of terrorism. First, tactical approaches have changed: if earlier terrorist acts were isolated and mainly aimed at assassinating heads of state or other important people, now acts of terror are clearly organized and directed against a larger number of people. Secondly, the forms and methods have changed, and the hierarchy among terrorist organizations has improved. Third, scientific and technological progress is giving rise to new methods and types of terrorism. Fourth, religious and ethnic hatred is growing, which only provokes the emergence of new terrorist acts [1, p. 334–336]. Thus, all the above comes down to the fact that it is necessary to take a new approach to resolving this issue. The article notes that there is currently no single definition of terrorism that would be accepted by the international community. Next, we talk about countering terrorism and address some issues that need to be answered: is terrorism regulated by international humanitarian law? And next, is it necessary to define terrorism as an international threat that should be addressed by Geneva law? In addition, the article emphasizes that the fight against terrorism will be effective and efficient only if all actors are fully involved in resolving this issue. Such is the state, as the main and primary subject of international law, which has certain obligations defined by international law. Adherence to these responsibilities is the basis for helping to fight terrorism. Another subject of opposition of terrorism is international organizations, among which the UN plays a significant role. As a result of the article, the author came to the conclusion about the need for deeper cooperation between states.

Key words: international terrorism, opposition of terrorism, Geneva law, subjects of opposition, international law.

Постановка проблеми. Нині тероризм виступає однією з найбільш актуальних проблем людства. Це пояснюється тим, що навіть один терористичний акт несе велику загрозу загальнолюдським цінностям, оскільки своїми діями терористи посягають не лише на життя та здоров'я людей, а також на економічні, культурні, соціальні відносини, посилюючи таким чином невдоволеність та протиріччя в суспільстві. Глобалізаційні процеси тільки ускладнюють зміст цього явища, надаючи йому транснаціонального та всеохоплюючого характеру. Тож наразі доволі важливим є посилення міжнародного співробітництва та аналіз сучасних міжнародних інструментів протидії тероризму.

Аналіз останніх статей і публікацій. Серед українських науковців, які займалися вивченням цієї проблематики, варто виділити Мальцева М.Є., Громівчука І.М., Процуна С.С., Кучерука М.М., Авдошина І.В., Біленчука П.Д. та інших. Незважаючи на значну кількість напрацьованих з даного питання, тероризм залишається доволі спірною темою, а отже потребує ретельнішого аналізу.

Метою статті є аналіз сучасного стану міжнародно-правової регламентації тероризму, визначення кола суб'єктів, які відіграють значну роль в механізмі протидії останньому та з'ясування проблемного питання: чи можна

боротьбу з тероризмом розглядати як збройний конфлікт і в такому випадку врегулювати правом Женеви?

Виклад основного матеріалу. Термін «тероризм» походить від латинського слова «terror», що означає страх, жах. Наразі існує понад сотня дефініцій цього поняття, проте, більшість дослідників сходяться на думці, що тероризм передбачає собою специфічну форму насильства, що спрямована проти невинних людей [2, с. 17].

Перші спроби визначення тероризму і прийняття міжнародного договору для боротьби з тероризмом на міжнародному рівні були прийняті ще в 30-х роках ХХ століття в рамках Ліги Націй, а саме у 1937 році була відкрита для підписання Конвенція про попередження тероризму і покарання за нього, яка намагалась визначити транскордонний тероризм як міжнародний злочин. Під останнім розуміли «злочинні дії, направлені проти держави, ціль або характер яких полягають у тому, щоб викликати жах у певних осіб або серед населення». Проте, хоч ця Конвенція і була підписана 24-ма державами, але ратифікувала її лише Індія, тож вона так і залишилася в історії, не виконавши свого головного призначення [3, с. 885]. Після цієї невдалої спроби міжнародне співтовариство так і не дійшло консенсусу щодо єдиного визначення тероризму, хоч була здійснена доволі велика кількість спроб. Напри-

клад, у 1953 році Комісією міжнародного права було підготовлено Кодекс злочинів проти миру і безпеки людства, який Генеральна Асамблея так і не ухвалила. Згодом, більш ніж через 40 років – у 1997 році Комісія підготувала новий проєкт кодексу, у якому серед визначення злочинів проти миру та безпеки людства, міжнародний тероризм посідав не останнє місце, проте, й цей проєкт не був впроваджений. Тож на даний час немає всеохоплюючого договору відносно тероризму і протидії йому. Однак, потрібно зазначити, що з 1963 року міжнародне співтовариство розробило цілу низку універсальних правових документів про попередження терористичних актів. Ці 16 правових універсальних документів, а також ряд резолюцій Ради Безпеки, які стосуються тероризму (такі як 1267 (1999), 1373 (2001), 1540 (2004)) у своїй сукупності складають те, що прийнято називати універсальним правовим режимом боротьби з тероризмом [4, с. 109].

Трагічні події 11 вересня 2001 року у Нью-Йорку, Вашингтоні та Пенсільванії, що сколихнули увесь світ, стали початком нової епохи в міжнародному праві. Стало зрозумілим, що нове століття готує значний перелік глобальних загроз, серед яких міжнародний тероризм є чи не найбільшою проблемою. Саме різке зростання небезпеки терористичних актів та значна шкода, що наноситься ними не тільки окремим особам та державам, але й всій міжнародній спільноті, змусили міжнародно-правову думку приділити значну увагу проблемам боротьби з тероризмом [5, с. 109]. З цього приводу Парламентська Асамблея Ради Європи у Резолюції 1258 (2001) зазначила: «ці терористичні акти вивели тероризм на новий рівень і вимагають нового типу реагування. Такий тероризм не знає кордонів. Це міжнародна проблема, і необхідно шукати міжнародні шляхи її вирішення на основі глобального політичного підходу» [6].

Вищезгадані події лише підтвердили необхідність врегулювання даного питання шляхом прийняття Всеохоплюючої конвенції про міжнародний тероризм. Робота над документом розпочалась ще у 2000 році після представлення Індією робочого документу Спеціальному комітету з міжнародного тероризму. З початку переговорів були досягнуто домовленості з більшості тексту проєкту Конвенції, але питання щодо поняття «тероризму» так і не врегульовано досі, тож Всеохоплююча конвенція поки залишається проєктом на папері.

Розглядаючи проблему протидії тероризму в рамках міжнародного права, виникає питання: застосовуються чи не застосовуються норми міжнародного гуманітарного права (далі – МГП) до врегулювання даного питання? МГП представляє собою звід міжнародно-правових норм, які застосовуються, коли збройне насильство досягає рівня збройного конфлікту – міжнародного або неміжнародного характеру. Поняття «збройний конфлікт» у міжнародному праві означає будь-який конфлікт, між державами або в рамках будь-якої держави, який характеризується відкритим застосуванням насильства та збройних сил [7, с. 86].

З тексту Женевських конвенцій та додаткових протоколів до них очевидно витікає, що часова сфера їхнього застосування (*ratione temporis*) обмежується часовими рамками військового конфлікту. Так, Перша Женевська конвенція встановлює наступні умови для її застосування: «в разі об'явленої війни, або всякого іншого збройного конфлікту, що виникає між двома, або декількома Високими Договірними Сторонами, навіть у випадку, якщо одна з них не визнає стану війни» [8]. Другий додатковий протокол до Женевських конвенцій поширив їхню дію на конфлікти неміжнародного характеру: «даний протокол... застосовується до всіх збройних конфліктів, що не підпадають під дію статті 1 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протоколу I), та таких, що відбуваються на території будь-якої

Високої Договірної Сторони між її збройними силами та антиурядовими збройними силами або іншими організованими озброєними групами, що знаходяться під відповідальним командуванням та здійснюють такий контроль над частиною її території, що дозволяє ним здійснювати безперервні та узгоджені військові дії та застосовувати цей Протокол» [9; 5, с. 110].

Отже, виходячи з цього, акти терору підпадають під дію міжнародного гуманітарного права лише у випадках, якщо вони вчинені безпосередньо поки триває збройний конфлікт. Тероризм же у мирний час не врегульовується нормами МГП, а розглядається за національним законодавством як кримінальний злочин [7, с. 87-88].

Головним елементом поняття збройного конфлікту є наявність «сторін» у конфлікті. Сторонами міжнародного збройного конфлікту можуть бути дві або більше держав (або держава і національно-визвольний рух), у той час як у неміжнародному збройному конфлікті протистоять у якості сторін або держава і її збройні сили, з одного боку, і збройні групи (наприклад, опозиційні сили), або озброєні угруповання, з іншого. У будь-якому випадку сторона у збройному конфлікті повинна піддаватися ідентифікації, певною мірою бути організованою на кшталт збройних сил, тобто мати визначену структуру командування і можливість дотримуватися норм МГП [7, с. 89]. Тож, з вищезазначеного стає зрозуміло, що тероризм не може розглядатися як сторона у збройному конфлікті, принаймні у класичному розумінні міжнародного гуманітарного права. Міжнародний тероризм сучасності, на думку О.П. Бичківського та Ю.М. Жигунової, носить характер невизначеності своїх вимог, суб'єктного складу виконавців чи замовників і фактично розглядається як спосіб, метод і тактика ведення боротьби [5, с. 111; 10, с. 50].

Отже, з точки зору застосування МГП до ситуації тероризму у протидії йому, важливо підкреслити, що термін «терорист» у ситуації збройного конфлікту не має відповідного правового значення і не визначений в МГП. Однак хоча МГП не визнає «терористів» як окрему категорію акторів у ситуації збройного конфлікту, воно, як зазначалося вище, визнає і забороняє акти терору.

Також варто зазначити, що до 2001 року міжнародний тероризм розглядався переважно як кримінальний злочин міжнародного характеру. Такий підхід застосований, наприклад, у Декларації ООН щодо заходів з ліквідації міжнародного тероризму від 9 грудня 1994 року чи у Міжнародній конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом від 16 грудня 1997 року. Проте вже у вересні ситуація змінилася: увесь світ був обурений таким масштабним і жорстоким актом насильства, окрім того, стало очевидним те, що тероризм тільки набирає обертів, зачіпаючи при цьому усю міжнародну спільноту. Ці події в котрий раз висвітлили проблему неефективності міжнародних інструментів у боротьбі з тероризмом та необхідність врегулювання даного питання [5, с. 112]. Тож віднесення цього явища до списку міжнародних злочинів залишається дискусійним. Кваліфікація «тероризму» як міжнародного злочину в сучасному міжнародному праві не існує. Одна з причин тому – це відсутність до сих пір загальної міжнародної домовленості про визначення поняття «тероризм». Під час розробки Статуту Міжнародного кримінального суду обговорювалося питання про включення до нього «тероризму» як окремої категорії злочинів, на які, відповідно, розповсюджувалася б юрисдикція Суду. Однак консенсусу з цього питання так і не було знайдено. Римська конференція по заснуванню Міжнародного кримінального суду висловила жаль з приводу відсутності загальноприйнятого визначення злочину тероризму, яке могло б бути узгоджене для його включення в юрисдикцію Суду.

Під протидією тероризму, як одного з принципів міжнародного права, розуміється сукупність дій, що спрямовані на нейтралізацію як негативних наслідків терористич-

них актів, так і відвернення намірів суб'єктів до вчинення таких діянь [11, с. 36]. Ефективність такої протидії безпосередньо залежить від тих суб'єктів, що її здійснюють. Безумовно, основну роль у протидії тероризму займає держава як первинний суб'єкт міжнародного права. Отже, головними обов'язками, яких вона має дотримуватися виступають наступні:

- утримуватися від організації терористичних актів на території інших держав, підбурювання до них, сприяння їм або участі в них, а також від потурання або заохочення діяльності, спрямованої на здійснення таких актів, на своїй території (цей обов'язок передбачений у п. 4 Декларації Генеральної асамблеї ООН «Про заходи з ліквідації міжнародного тероризму»);

- виконувати свої зобов'язання, що випливають зі Статуту ООН та інших положень міжнародного права щодо боротьби з міжнародним тероризмом (цей обов'язок передбачений у п. 5 Декларації Генеральної асамблеї ООН «Про заходи з ліквідації міжнародного тероризму»);

- здійснювати систематизацію, обмін інформацією для попередження тероризму та боротьби з ним (цей обов'язок передбачений у п.6 Декларації Генеральної асамблеї ООН «Про заходи з ліквідації міжнародного тероризму») [12, с. 112-113].

«Антитерористичні» конвенції натомість передбачають більш чіткі обов'язки держав у протидії тероризму:

- вживання заходів для встановлення своєї юрисдикції над злочиним чи будь-якими актами насильства щодо пасажирів або екіпажу, скоєних передбачуваним злочинцем (ч. 1, ч. 2 ст. 2 Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден);

- повідомлення Раді Міжнародної організації цивільної авіації будь-яку відому інформацію щодо обставин незаконного захоплення повітряного судна, прийнятих дій та заходів, застосованих до злочинця або ймовірного злочинця, результатів дій щодо видачі його іншій державі або інших правових дій (ст. 11 Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден);

- надання іншим державам допомоги в розслідуванні терористичних злочинів (ч. 1 ст. 10 Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден; ч. 1 ст. 14 Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму; ч. 1 ст. 10 Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом та інші);

- здійснення розслідування терористичних злочинів та кримінальне переслідування винної особи (ч. 1, ч. 2 ст. 6, ч. 1 ст. 10 Конвенції про боротьбу з незаконним захопленням повітряних суден; ч. 1 ст. 14 Міжнародної конвенції про боротьбу з актами ядерного тероризму; ч. 1 ст. 10 Міжнародної конвенції про боротьбу з бомбовим тероризмом) [11, с. 65-66].

Наступним важливим суб'єктом протидії тероризму виступають міжнародні організації, хоч їх міжнародна правосуб'єктність є похідною від правосуб'єктності держав, вони відіграють не менш значиму роль. Центральне місце посідає ООН. ООН створила структуру боротьби з терористичною загрозою, в яку входять різні департаменти, програми й спеціалізовані установи ООН. При Раді Безпеки ООН створено кілька комітетів: Комітет з санкцій проти «Аль-Каїди» та руху «Талібан», Контр-терористичний комітет, Виконавчий директорат Контр-терористичного комітету, Комітет 1540 з контролю за

нерозповсюдженням зброї масового знищення. У 2004 р. створено Робочу групу для розгляду й подання Раді Безпеки рекомендацій щодо практичних заходів, які будуть застосовуватися до окремих осіб, груп або організацій, залучених до терористичної діяльності або причетні до неї. Комітет щодо боротьби з тероризмом, створений Радою Безпеки ООН після одноголосного прийняття 28 жовтня 2001 р. Резолюції 1373, є унікальною структурою, як за своїм мандатом, так і за новизною діяльності. У цій Резолюції вперше були запропоновані заходи не проти держави, її лідерів або національних груп, а проти терористичної діяльності в усьому світі або ж безпосередньо проти терористів. Резолюція спрямована на те, щоб кожен, хто бере участь у фінансуванні, плануванні, підготовці або здійсненні терористичних актів, чи підтримує теракти, сприймався як суб'єкт злочину та об'єкт правосуддя, щоб такі діяння розцінювалися як особливо небезпечні кримінальні злочини у внутрішньому законодавстві з адекватними покараннями [11, с. 80-81; 13].

Також варто згадати міжнародні організації, які хоч і не переслідують основну мету протидіяти тероризму, але своїми діями усувають його можливі причини зародження, їх можна розділити на три групи. До першої, а саме гуманітарних міжнародних організацій, можна віднести ВООЗ, яка у своїй діяльності акцентує увагу на поліпшенні умов життя населення, підвищенні рівня охорони здоров'я, розв'язанні соціальних чи економічних проблем. Правозахисні міжнародні організації, які виступають контрольними механізмами за дотриманням державами загальноновизнаних прав та свобод, що в свою чергу запобігає виникненню невдоволення, протестів тощо серед населення. Остання група – це спеціалізовані міжнародні організації, їх особливістю є те, що вони акцентують свою увагу на певному аспекті з протидії тероризму. Зокрема, міжнародні організації журналістів опікуються проблемами забезпечення безпеки працівників ЗМІ в процесі боротьби з тероризмом та обмеження свободи друку, пов'язаного з війною проти тероризму; Міжнародне агентство з атомної енергетики (МАГАТЕ) заохочує розвиток мирних застосувань ядерних технологій, сприяє створенню та забезпеченню міжнародних умов щодо незаконного використання ядерних технологій і ядерних матеріалів, а також сприяє розвитку міжнародної ядерної безпеки (зокрема радіаційного захисту); Група з розроблення фінансових заходів боротьби з відмиванням грошей (ФАТФ) – міжурядовий орган, який виробляє й поширює міжнародні стандарти боротьби з відмиванням грошей і фінансуванням тероризму [11, с. 81-82].

Висновки. Отже, останніми роками тероризм вийшов на зовсім інший – глобальний – рівень, тож окремі держави вже не в змозі лише своїми силами протистояти терористичним організаціям, але це можна вирішити зусиллями усієї міжнародної спільноти. На мою думку, доцільним був би більш глибокий аналіз державами стану міжнародно-правової регламентації тероризму та поглиблення міжнародного співробітництва, а саме забезпечення безпеки всередині своєї країни і спільне розв'язання глобальних проблем. Суттєвим кроком для підвищення ефективності боротьби з тероризмом стало б прийняття всеохоплюючої конвенції про міжнародний тероризм. Це, в свою чергу, сприяло б включенню тероризму до списку міжнародних злочинів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Маделик С.М. Історичні витоки та еволюція тероризму. *Проблеми міжнародних відносин: Зб. наук. пр.* – К.: КиМУ. 2010. Вип. 1. С. 327-339.
2. Біленчук П.Д., Кофанов А.В., Кобилянський О.Л. Міжнародний тероризм: консолідований аналіз забезпечення безпеки: навчальний посібник. Серія «Безпека людини, суспільства, держави». Київ: ННІПСК КНУВС, 2009. 72 с.
3. Мальцев М.Є. Протидія тероризму в умовах сучасного міжнародного права. *Молодий вчений*. 2018. № 11(2). С. 885-888. URL: [http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2018_11\(2\)_88](http://nbuv.gov.ua/UJRN/molv_2018_11(2)_88) (дата звернення: 05.03.2021).
4. Громівчук І.М. Міжнародно-правове визначення тероризму як основа ефективної боротьби з ним. *Науковий вісник Інституту міжнародних відносин НАУ. Серія: економіка, право, політологія, туризм*. 2011. № 4. т. 2. С. 108-112.

5. Процун С.С. До питання про визнання збройного конфлікту в Афганістані після 11 вересня 2001 року збройним конфліктом міжнародного характеру. *Актуальні проблеми політики : зб. наук. пр. / Одес. нац. юрид. акад.* 2011. Вип. 43. С. 109–119.
6. Резолюція Парламентської Асамблеї Ради Європи 1258 (2001) Демократія перед лицем тероризму від 26.09.2001. URL: [https://www.coe.int/T/Tr/Parliamentary_Assembly/\[Russian_documents\]/\[2001\]/%5BSept2001%5D](https://www.coe.int/T/Tr/Parliamentary_Assembly/[Russian_documents]/[2001]/%5BSept2001%5D) (дата звернення: 06.03.2021).
7. Авдошин І.В. Тероризм через призму міжнародного гуманітарного права. *Юридична наука.* 2013. №1. С. 85 – 95.
8. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12.08.1949. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text (дата звернення: 09.03.2021).
9. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II) від 08.06.1977. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text (дата звернення: 10.03.2021).
10. Бичківський О.П., Жигунова Ю.М. Боротьба з міжнародним тероризмом з точки зору політики і права. *Международное право после 11 сентября 2001 года: Сб. науч. статей / под ред. М.Ф. Орзиха, М.Е. Черкеса.* Одеса: Фенікс, 2004. С. 50-52.
11. Кучерук М.М. Протидія тероризму в рамках сучасного міжнародного права : дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / Київ, 2017. 183 с.
12. Кучерук М.М. Держава як суб'єкт реалізації принципу протидії тероризму в міжнародному праві. *Наукові записки Інституту законодавства Верховної Ради України.* 2017. № 1. С. 109-114. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nzizvru_2017_1_20 (дата звернення: 13.03.2021).
13. Резолюція Ради безпеки ООН 1373 від 29.09.2001. URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/995_854 (дата звернення: 14.03.2021).

**ЗАХИСТ НАВКОЛИШНЬОГО СЕРЕДОВИЩА
У ЗВ'ЯЗКУ ЗІ ЗБРОЙНИМИ КОНФЛІКТАМИ****PROTECTION OF THE ENVIRONMENT FROM ARMED CONFLICTS****Малик К.Р., студент V курсу
міжнародно-правового факультету***Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого*

Статтю присвячено дослідженню питань захисту навколишнього середовища у зв'язку зі збройними конфліктами. Проаналізовано основні міжнародно-правові документи, які передбачають захист навколишнього середовища під час міжнародних збройних конфліктів. Автором зазначено, що сучасний світ характеризується різким прискоренням військово-технічного розвитку, і саме цей факт здійснює реальний вплив на розроблення норм міжнародного гуманітарного права, що стосуються оцінки нових видів озброєнь, які можуть мати негативні наслідки для навколишнього середовища. Зазначено, що вчасна мінімізація шкоди навколишньому середовищу й захист навколишнього середовища під час збройних конфліктів є важливим складником забезпечення й підтримки як всеосяжної системи міжнародної безпеки, так і міжнародної екологічної безпеки. Автор навів негативний досвід збройних конфліктів у деяких країнах світу, й наголошено, що такі збройні конфлікти завдають непоправної шкоди довкіллю. Також досліджено аспекти застосування ядерної зброї та основні міжнародно-правові акти, які забороняють таке застосування. Автор оцінює значення вказаних міжнародно-правових актів для захисту навколишнього середовища загалом. Автор наводить думку, що в сучасному суспільстві вкрай важливо на перше місце ставити інтереси навколишнього середовища, а не інтереси держави під час збройних конфліктів. Автор робить висновок, що військово-технічний прогрес і захист навколишнього середовища виникли та розвиваються паралельно, однак саме захисту має надаватися більша увага та підтримка, оскільки він спрямований на благо людства та запобігання завданню непоправної шкоди навколишньому середовищу в результаті збройних конфліктів. Наголошено, що шкода навколишньому середовищу нині – шкода людству в майбутньому, і тільки усвідомлення суспільством важливості безпеки навколишнього середовища зможе позитивно позначитися на добробуті світового співтовариства.

Ключові слова: збройний конфлікт, навколишнє середовище, охорона навколишнього середовища, міжнародне гуманітарне право, ядерна зброя.

The article is devoted to the study of environmental protection in connection with armed conflicts. The main international legal documents that provide for the protection of the environment during international armed conflicts are analyzed. The author notes that the modern world is characterized by a sharp acceleration of military – technical development and this fact has a real impact on the development of international humanitarian law relating to the assessment of new weapons that may have negative consequences for the environment. It is noted that the timely minimization of environmental damage and protection of the environment during armed conflicts is an important component of ensuring and maintaining both a comprehensive system of international security and international environmental security. The author cites the negative experience of armed conflicts in some countries and emphasizes that such armed conflicts cause irreparable damage to the environment. Aspects of the use of nuclear weapons and the main international legal acts that prohibit such use have also been studied. The author assesses the importance of those international legal acts for the protection of the environment as a whole. The author argues that in modern society it is extremely important to put the interests of the environment first, rather than the interests of the state in armed conflicts. The author concludes that military-technical progress and environmental protection have emerged and are developing in parallel, but the environmental protection should be given more attention and support due to its aim at the benefit of humanity and the prevention of irreparable damage to the environment as a result of armed conflict. It is emphasized that the damage to the environment now is the damage to humanity in the future and only public awareness of the importance of environmental security can have a positive impact on the well-being of the world community.

Key words: armed conflict, environment, environmental protection, international humanitarian law, nuclear weapons.

Постановка проблеми. Стрімкий розвиток науково-технічного прогресу не тільки допоміг людству досягнути нові можливості, але й призвів до виникнення збройних конфліктів, які згодом завдали безповоротних наслідків навколишньому середовищу. На теренах ХХ ст. збройні конфлікти повністю замінили термін «війна», але це ще більше відбилося на стані довкілля. Термін «збройні конфлікти» застосовується в нормативних і законодавчих актах, а також у документах ООН. Наявність збройного конфлікту є передумовою для застосування норм міжнародного гуманітарного права, але в наявній сукупності правових норм немає чіткої вказівки на елементи, необхідні для його визначення. Інакше кажучи, питання про те, чи можна вважати ту чи іншу ситуацію збройним конфліктом між двома державами, залишається без відповіді. Однак не варто забувати про те, що хоча й відповіді ми можемо не знайти, але шкоди навколишньому середовищу вже буде завдано. З огляду на це вкрай важливим є дослідження збройних конфліктів, їхнього безпосереднього впливу та мінімізації шкоди для навколишнього середовища, що й доводить актуальність цього дослідження.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання, пов'язані із захистом навколишнього середовища у зв'язку зі збройними конфліктами, розглядали такі науковці, як: Ф. Майлова, А. Кірющенко, Т. Каткова, Ю. Услиста, Ю. Ольвінська, С. Галака, Д. Оскольська, О. Мелень –

Забрамна, С. Шутяк, А. Войціховська та інші. Але варто зазначити, що, незважаючи на важливість теми захисту навколишнього середовища під час збройних конфліктів, така тема в міжнародному гуманітарному праві не набула свого належного розроблення.

Метою статті є аналіз міжнародно-правових актів, що забезпечують захист навколишнього середовища під час збройних конфліктів і висвітлення основних аспектів ведення таких нещадних дій.

Виклад основного матеріалу. Як зазначають деякі автори, у ХХ ст. відбулося різке прискорення військово-технічного розвитку. Цей фактор почав здійснювати реальний вплив на розроблення норм міжнародного гуманітарного права та привів до появи низки правових норм, що стосуються оцінки нових видів озброєнь і можуть мати негативні наслідки для навколишнього середовища [10, с. 297].

Сьогодні в галузі озброєння відомі глобальні руйнівні впливи на навколишнє середовище. Деякі автори зазначають, що безпосередній вплив на довкілля став реальністю у військових цілях, оскільки технічні можливості методу можна порівняти з природними процесами та подіями [14, с. 121].

Мілітаризація наукових досліджень і експериментів особливо актуальна для таких країн, як Сполучені Штати Америки, Росія, Іран і Північна Корея, що привело до зусиль зі створення в низці лабораторій і центрів зброї, що завдає руйнівного впливу на навколишнє середовище. Ця

проблема розглядається міжнародною спільнотою і вченими на двох рівнях. Більш загальний підхід має на увазі виявлення масштабів і характеру втрат. У цьому випадку вказується, що використовувана державами для найрізноманітніших потреб озброєна техніка може пошкодити біосферу планети. Водночас обмеження засобів і методів такої шкоди також віднесено до загального рівня. У вузькому плані ця проблема пояснюється військовою діяльністю (військові приготування та бойові дії) [10, с. 298].

Для України теж знайома ситуація зі збройними конфліктами, оскільки в нашій державі війна триває вже 7 років. У Донецькій та Луганській областях України під час збройного конфлікту сталося значне забруднення довкілля хімічними токсичними речовинами, уламками металів і важкими металами внаслідок артилерійських обстрілів і застосування вибухівки; утворилися численні воронки, що понівечили землю й знищили природні заповідні території, відбулося затоплення шахт, будівництво оборонних споруд, копанок, пошкодження каналізаційних і водогінних мереж. Ризики, пов'язані з пошкодженням комунікацій, підприємств та інших об'єктів, що становлять підвищену екологічну небезпеку, мають особливе значення, адже в умовах браку контролю й можливостей ліквідації негативних наслідків ці явища потенційно збільшують масштаби негативного впливу. У результаті руйнування очисних споруд погіршився екологічний стан водних об'єктів. Мінна небезпека призвела до обмеження або втрати можливості природокористування на значних територіях. Чимало об'єктів природно-заповідного фонду, розташованих у зоні бойових дій, зазнало значної шкоди [11, с. 7].

Дотепер багато колишніх бойових полів Першої та Другої світових воєн залишаються непридатними для оброблення земель і небезпечними для життя людей через нерозірвані снаряди, міни, які ще залишаються незнешкодженими на території багатьох держав [9, с. 90]. Наприклад, нещодавно в річці на Хмельниччині знайшли небезпечний снаряд із часів Другої світової війни [15]. А на Вінниччині за дві доби знайшли 41 артилерійський снаряд часів Другої світової війни [16]. Таке відлуння війни є в багатьох куточках нашої держави, і це є вкрай небезпечно як для життя людей, так і для навколишнього середовища. Якщо додати до цього важкі наслідки воєн в Індії, Китаї, Ірані, Афганістані, у Перській затоці 1991 р., Югославії, Чечні, Іраку й інші, то картина виявляється ще більш жахаючою та похмурою [9, с. 90].

Такі наслідки збройних конфліктів для довкілля, що наявні у всьому світі, є глобальною проблемою для людства, оскільки вони завдають шкоду не тільки країні, де має місце збройний конфлікт, але й для всього світу загалом. Наприклад, за час війни у В'єтнамі армія США розпоршилася на території Південного В'єтнаму 72 млн літрів дефоліантів «Agent Orange» для знищення лісів, зокрема 44 млн літрів, що містять діоксин. Американські військові для знищення рослинності використовували також масовані бомбардування джунглів. У 1965–1973 роках на Південний В'єтнам було скинуто 17 мільйонів авіаційних бомб, було підірвано 217 мільйонів артилерійських снарядів. Масштабне вживання американськими військами хімікатів призвело до тяжких наслідків. Майже повністю було знищено мангрові ліси (500 тис. га), уражено 60 % (близько 1 млн га) джунглів і 30 % (понад 100 тис. га) рівнинних лісів. Також вкрай тяжкі наслідки для навколишнього середовища створила війна в Перській затоці. В останні тижні окупації Кувейту іракські війська організували скидання нафти в Перську затоку. Намагаючись запобігти потраплянню нафти в затоку, авіація Багатонаціональних сил бомбардувала низку нафтонасосних станцій із застосуванням високоточної зброї. Проте до кінця війни в затоку вилито близько 8 млн барелів нафти. Під час відступу з Кувейту іракська армія підпалила нафтові свердловини, гасіння яких було завершено тільки в листо-

паді. На «висихання» 320 озер пішло все подальше десятиліття [8, с. 163]. На нашу думку, навколишнє середовище нині у вкрай важкому стані, оскільки людство не розуміє, що, створюючи загрозу навколишньому середовищу сьогодні, можна зашкодити собі та своєму існуванню завтра. Людство веде війни, скидає відходи у воду та повітря, а потім не розуміє, чому така невтішна статистика різного роду захворюваностей та смертності від них.

Нині є багато міжнародно-правових актів, які прямо або частково мають стосунок до охорони навколишнього середовища, зокрема: Женевська конвенція 1949 р. [2], Додатковий протокол 1977 р. [4], Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище 1976 р. [3], Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію [5], Резолюція МС ООН про ядерну зброю [6] і т. д.

З 1945 р. Статутом ООН забороняється вдаватися до сили у відносинах між державами, за винятком випадків самооборони під час нападу [1]. Проте в більшості країн така заборона й досі є неефективною.

З юридичного погляду як можливе порушення положень Женевської конвенції з позиції шкоди та руйнування найбільш доцільно вивчити застосування ядерного потенціалу. Тут ми говоримо про шкоду особам, які користуються захистом, майну, навколишньому середовищу в результаті застосування ядерної зброї. Неприпустимість застосування ядерної зброї та її несумісність з основними принципами Женевської конвенції 1949 р. випливають із такої основної мети: поранений, захоплений або затоплений судном, більше не є «контрагентом» і повинен розглядатися як жертва війни без будь-якої дискримінації та будь-яких інтересів або вигод [2].

Ядерна зброя – це найнебезпечніша руйнівна сила, яка не залишає нічого та нікого на своєму шляху. Вона входить до списку зброї масового ураження, і багато країн від неї вже відмовилося. У разі застосування ядерної зброї виникає одночасно 6 видів ураження: ударна хвиля, електромагнітний імпульс, рентгенівське та світлове випромінювання, радіоактивне зараження та проникаюча радіація [13, с. 148]. Руйнування ядерною зброєю має масовий характер і завдає противнику непоправних втрат у живій силі, бойовій техніці та інфраструктурі. Сьогодні єдиним практичним прикладом застосування атомної зброї у війні є бомбардування ВПС США японських міст Хіросіма і Нагасакі 6 і 9 серпня 1945 р., жертвами яких стали понад 450 тисяч осіб [12, с. 54]. Згідно з офіційною американською Доктриною масової відплати 1950-х років, реальний план застосування ядерної зброї викладено в першому «Єдиному інтегрованому оперативному плані» Пентагону (*Single Integrated Operational Plan – SIOP – 62*), який передбачав із початком будь-якого збройного конфлікту з СРСР негайний масований наліт 1 850 важких і середніх бомбардувальників зі скиданням 4 700 атомних і водневих бомб на міста та інші об'єкти СРСР, КНР і їх союзників. За розрахунками Пентагону, цей удар спричинив би людські жертви в СРСР, КНР, серед їхніх союзників і сусідніх нейтральних країн близько 800 млн убитих, що становило на той момент 1/3 населення планети. Проте створення ядерної зброї та міжконтинентальних авіаційних, а потім ракетних засобів його доставки Радянським Союзом, позбавило США традиційної недосяжності за двома океанами, що змусило їх серйозно переглянути погляди на співвідношення політичної та військової ролі ядерної зброї. Ідея ядерного стримування вийшла на передній план військової політики США, хоча вона, природно, спиралася на реальні ядерні сили й оперативні плани їх застосування. Цей якісний зсув поклав початок формуванню філософії переважно політичної, а не військової ролі ядерної зброї. Водночас обидві його іпостасі наочно

демонструють класичний закон гегелівської діалектики про єдність і боротьбу протилежностей [17].

Сьогодні, на нашу думку, важливим є те, що ядерні держави все ж таки погодилися на ухвалення резолюції РБ ООН щодо надання позитивних гарантій безпеки. Особливим стало ухвалення РБ ООН 19 червня 1968 р. резолюції 255 (1968), яка встановлювала, що агресія із застосуванням ядерної зброї або загроза такої агресії проти держави, що не володіє ядерною зброєю, вимагатиме від Ради Безпеки й насамперед від усіх її постійних членів – ядерних держав – негайних дій відповідно до їхніх зобов'язань згідно зі Статутом ООН. Ця резолюція мала ключове значення для підписання Договору про нерозповсюдження ядерної зброї (ДНЯЗ) [7, с. 11]. Також Резолюція 60/76 МС ООН від 8 грудня 2005 року наголосила, що велике значення має зміцнення всіх наявних заходів в галузі ядерного роззброєння, контролю над ядерними озброєннями та їх скорочення [6].

Отже, положення цих документів є значним внеском у захист навколишнього середовища під час збройних конфліктів. Проте, на нашу думку, не тільки положеннями мають користуватися сторони збройного конфлікту. Насамперед потрібно навчитися усвідомлювати, що збройний конфлікт – це не лише шкода інфраструктурі та майну про-

тивника, але й шкода навколишньому середовищу, яка згодом зачепить і країни, що застосовують зброєю для обстоювання своїх інтересів. Сподіваємося, що згодом населення світу зможе усвідомити важливість безпеки навколишнього середовища і це поліпшить умови нашого життя.

Висновки. Сучасний рівень розвитку військових технологій усуває кордон між особливо небезпечними й відносно легкими видами зброї, здатними негативно впливати на навколишнє середовище. Кількість таких проблем зросла в умовах прискорення розвитку військово-технічного прогресу. З огляду на це сучасні умови вимагають розроблення міжнародно-правових норм, спрямованих на захист не тільки людства, але й навколишнього природного середовища. Розвиток у цьому напрямі розпочався давно й триває досі. Цей процес, безумовно, заслуговує на увагу, оскільки він безпосередньо спрямований на порятунку людства від загрози війни та запобігання завданню шкоди навколишньому середовищу в результаті збройних конфліктів. Із цього погляду необхідно наголосити на життєво важливій ролі міжнародного права в забезпеченні захисту навколишнього середовища.

Отже, самодостатність держав у розв'язанні екологічних проблем під час збройних конфліктів є глобальною проблемою, яка спричиняє руйнівний вплив на весь світ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Статут Організації Об'єднаних Націй і Статут Міжнародного Суду від 26 червня 1945 р. № 995_010. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_010#Text (дата звернення: 14.04.2021).
2. Женевська конвенція від 12 серпня 1949 р. № 995_154. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 14.04.2021).
3. Конвенція про заборону військового або будь-якого іншого ворожого використання засобів впливу на природне середовище від 18 травня 1976 р. № 995_258. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_258#Text (дата звернення: 13.04.2021).
4. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів від 8 червня 1977 р. № 995_199. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 12.04.2021).
5. Конвенція про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію, від 10 жовтня 1980 р. № 995_266. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_266#Text (дата звернення: 13.04.2021).
6. Резолюція 60/76 МС ООН «Заходи до розвитку консультативного висновку Міжнародного Суду стосовно законності погрози ядерною зброєю чи її застосуванням» від 8 грудня 2005 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_f36#Text (дата звернення: 13.04.2021).
7. Галака С. ООН та нерозповсюдження ядерної зброї. *Актуальні проблеми міжнародних відносин*. Вип. 96 (1). 2011. С. 11–17.
8. Каткова Т. Захист навколишнього середовища у міжнародному гуманітарному праві. *Збірник наукових праць Харківського університету Повітряних Сил*. 2012. Вип. 2 (31). С. 162–166.
9. Кірющенко А. Право збройних конфліктів у забезпеченні охорони природного середовища. *Правова держава*. № 8. 2005. С. 89–93.
10. Маилова Ф. Международно-правовая защита окружающей среды во время международных вооруженных конфликтов. *Вопросы российского и международного права*. 2019. Т. 9. № 7А. С. 296–304.
11. Воєнні дії на Сході України – цивілізаційний виклик людству / О. Мелень-Забрамна, С. Шутяк, А. Войціховська та ін. Львів : ЕПЛ, 2015. 136 с.
12. Оскольская Д. Ядерное оружие как угроза глобальной безопасности в начале XXI века. *Электронный научный журнал «Архонт»*. Вип. № 2 (5). 2018. С. 54–57.
13. Услиста Ю. Використання ядерної зброї: ілюзія миру. Статистика – інструмент соціально-економічних досліджень : збірник наукових студентських праць. Вип. 2. Одеса : ОНЕУ, 2016. С. 148–150.
14. Brecher V. The new order of war. *Rodopi*, 2010. 258 p.
15. В річці на Хмельниччині знайшли небезпечний снаряд. URL: <https://vsim.ua/Podii/v-richtsi-na-hmelnichchini-znayshli-nebezpechniy-snaryad-11193214.html> (дата звернення: 13.04.2021).
16. На Вінниччині за дві доби знайшли 41 артилерійський снаряд. URL: <https://vezha.ua/na-vinnichchini-za-dvi-doby-znayshly-41-artylerskiy-snaryad-foto/> (дата звернення: 13.04.2021).
17. Роль ядерного сдерживания в стратегической стабильности. Гарантия или угроза. URL: <https://carnegie.ru/2019/01/28/ru-pub-78209> (дата звернення: 14.04.2021).

ВАКЦИНАЦІЯ ПРОТИ COVID-19: ПРАВО ЧИ ОBOB'ЯЗОК У РОЗУМІННІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

VACCINATION AGAINST COVID-19: THE RIGHT OR OBLIGATION UNDER THE UNDERSTANDING OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Ніколюк А.В., студентка III курсу
факультету соціології та права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Бедрата А.В., студентка III курсу
факультету соціології та права

Національний технічний університет України «Київський політехнічний інститут імені Ігоря Сікорського»

Стаття покликана окреслити особливості судової практики, пов'язаної з обов'язковою вакцинацією та відстороненням дітей від навчання у зв'язку з відсутністю в них щеплень. Актуальність теми дослідження зумовлена насамперед тим, що за останні декілька місяців досить відомі національні й міжнародні судові установи почали виносити рішення, пов'язані з вакцинацією населення. Можливо, такий стрімкий розвиток судової практики в такому питанні можна пов'язати з поширенням епідемії коронавірусу й появою відповідної вакцини. Основна увага в дослідженні приділяється практиці Європейського суду з прав людини. Зокрема, проводиться аналіз як застарілих рішень Європейського суду з прав людини, так і більш сучасних. Окрім цього, в роботі акцентовано на відповідних статтях Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод в контексті питання вакцинації населення. Розглянуто як ті статті, щодо порушення яких було подано скаргу до Європейського суду з прав людини, так і ті, які, на думку авторів, також можуть порушуватися в контексті справи. Особливу увагу приділяється вже наявній до цього практиці Європейського суду з прав людини у справах, присвячених проведенню обов'язкових щеплень. Важливим є те, що серед вищезазначених рішень із приводу вакцинації розглядаються саме попередні рішення Європейського суду з прав людини проти України. У роботі автори намагалися викласти аспект розумності й доцільності обмеження державою певних прав особи (виходячи з розглянутого рішення Європейського суду з прав людини – права на освіту) й легітимності втручання в право на приватне життя в контексті статті 8 Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Також під час розгляду питання автори дослідили професійне ставлення до рішення Європейського суду з прав людини про вакцинацію представниці від України в Європейському суді з прав людини, а також інших, компетентних в аспекті вакцинації та прав людини осіб. Окрім звернення до міжнародної судової практики, в статті проводиться огляд рішень Верховного суду у справах, пов'язаних з обмеженням прав дітей на відвідування закладів освіти у зв'язку з відсутністю в таких дітей обов'язкових щеплень.

Ключові слова: вакцинація, щеплення, Європейський суд з прав людини, право на повагу до приватного життя, дискримінація.

This article is intended to outline the specifics of the case law related to compulsory vaccination and expulsion of children from school due to the lack of vaccinations. The relevance of this research topic is primarily due to the fact that in the last few months, well-known national and international judicial institutions have begun to make decisions related to vaccination of the population. It is possible that such a rapid development of jurisprudence in this matter can be attributed to the spread of the coronavirus epidemic and the emergence of an appropriate vaccine. The study focuses on the case law of the European Court of Human Rights. In particular, an analysis of both outdated decisions of the European Court of Human Rights, and more modern. In addition, this paper focuses on the relevant articles of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms in the context of vaccination. Both those articles, the violation of which was the subject of a complaint to the European Court of Human Rights, and those which, in the opinion of the authors, may also be violated in the context of this case, are considered. Particular attention is paid to the existing case law of the European Court of Human Rights in cases involving mandatory vaccinations. It is important that, among the above-mentioned decisions on vaccination, special attention is paid to the previous decision of the European Court of Human Rights against Ukraine. In this paper, the authors tried to highlight the aspect of reasonableness and expediency of restricting certain rights of the person (based on the decision of the European Court of Human Rights – the right to education) and the legitimacy of interference with the right to privacy in the context of Art. 8 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Also, when considering this issue, the authors tried to highlight the professional attitude to the decision of the European Court of Human Rights on vaccination of a representative of Ukraine in the European Court of Human Rights, as well as other persons competent in vaccination and human rights. In addition to recourse to international jurisprudence, this article also reviews Supreme Court decisions in cases involving the restriction of children's right to attend educational institutions due to the lack of compulsory vaccinations for such children.

Key words: vaccination, European Court of Human Rights, right to respect for private life, discrimination.

Пандемія коронавірусу чи не вперше змусила світову спільноту серйозно замислитися про нові, зокрема й правові, методи забезпечення здоров'я в суспільстві. Мабуть, одним із найактуальніших питань постала саме процедура вакцинації. Водночас якщо перспектива вакцинації від коронавірусу лише виднілася на горизонті, то своєю чергою проблема проведення планових, вже давно знайомих нам вакцинацій від різних захворювань стала злосудним питанням.

Варто звернути увагу, що за останні пів року як у національній, так і в міжнародній судовій практиці почали з'являтися досить показові рішення, пов'язані з проведенням обов'язкових щеплень, прийнятності таких дій із боку держави й можливості обмежувати права конкретних осіб, які відмовляються проходити такі вакцинації. Подібні прецеденти й зумовлюють актуальність теми досліджень, адже судова практика із такого питання лише починає остаточно формуватися.

Важливою в такому питанні постає судова практика, а саме прецеденти Європейського суду з прав людини, оскільки саме його позиція змогла нарешті врегулювати питання вакцинації населення та відсутності у відповідних обмеженнях держави, пов'язаних із доступом невакцинованої частини населення до освітнього процесу, порушенням прав людини.

Перш ніж перейти безпосередньо до аналізу судової практики з визначеної проблеми, варто зазначити, що закріплення права на охорону здоров'я здійснено не лише на національному рівні кожної країни, а й на міжнародному, що свідчить про важливість охорони таких прав, свобод та інтересів. До міжнародних нормативно-правових актів, які закріплюють право на охорону здоров'я, зокрема, належать Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. та Європейська соціальна хартія.

Так, Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. [2], а саме ч. 1 ст. 3 зазначає, що в усіх діях щодо дітей, неза-

лежно від того, здійснюються вони державними чи приватними установами, які займаються питаннями соціального забезпечення, судами, адміністративними чи законодавчими органами, першочергова увага приділяється якнайкращому забезпеченню інтересів дитини. Таким чином, у будь-якому разі під час розв'язання питання про вакцинацію варто керуватися інтересами дитини, тобто треба звертати увагу, чи не наявні в дитини протипоказання до вакцинування, чи здатні батьки забезпечити дитину іншими шляхами, а також наскільки доцільним є забезпечення прав однієї дитини, яка не пройшла вакцинацію, в зів'язанні з іншими, які зробили щеплення чи не можуть його зробити з об'єктивних причин.

Відповідно до ч. 1 ст. 24 Конвенції про права дитини держави-учасниці визнають право дитини на користування найдосконалішими послугами системи охорони здоров'я та засобами лікування хвороб і відновлення здоров'я. Держави-учасниці намагаються забезпечити, щоб жодна дитина не була позбавлена свого права на доступ до подібних послуг системи охорони здоров'я. Особливу увагу варто звернути на пп. f цієї статті, а саме право на розробку превентивних заходів з охорони здоров'я, керівництва для батьків і навчання та послуг з планування сім'ї, що можна трактувати як розробку вакцин, які запобігають захворюванню дитини [2].

Європейська соціальна хартія [3] в ч. 3 ст. 11 містить положення, згідно з яким із метою забезпечення ефективного здійснення права на охорону здоров'я Сторони зобов'язуються самостійно або в співробітництві з громадськими чи приватними організаціями вживати відповідних заходів для того, щоб запобігти в міру можливості епідемічним, ендемічним та іншим захворюванням, а також нещасним випадкам. Це вимагає від держав забезпечити високий рівень імунізації, щоб не просто зменшити частоту цих захворювань, а й нейтралізувати запаси вірусів і таким чином досягти цілей, встановлених Всесвітньою організацією охорони здоров'я. Комітет підкреслює, що вакцинація у великих масштабах визнана найефективнішим та найекономнішим засобом боротьби з інфекційними й епідемічними хворобами (справа «*Médecins du Monde – International* проти Франції»).

Отже, міжнародні нормативно-правові акти закріплюють важливість охорони здоров'я населення, а також визначають обов'язок держав запобігати спалахам епідемії шляхом розробки програм вакцинації.

Надавши загальну характеристику міжнародним нормативно-правовим актам у сфері охорони здоров'я, перейдемо безпосередньо до аналізу судової практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ). Так, наприклад, у своєму остаточному рішенні від 8 квітня 2021 р. у справі “*Vavříčka and Others v. The Czech Republic*” (applications no. 47621/13 and five other applications, 8 April 2021) [19] ЄСПЛ дійшов висновку, що обов'язкове вакцинування є цілком законним із боку реалізації прав людини, передбачених Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод.

Варто зазначити, що законодавство Чехії має більш розвинену нормативно-правову базу, що стосується проведення обов'язкових щеплень. Окрім цього, в Чеській Республіці національні закони вимагають від усіх постійних мешканців, а також всіх іноземців, яким дозволено проживати в країні на постійній основі, пройти низку планових щеплень відповідно до детальних умов, встановлених відповідним законодавством. Щодо дітей віком до п'ятнадцяти років, то їх законні представники несуть відповідальність за виконання цього обов'язку. Відповідно, особа, яка порушує заборону або не виконує обов'язок, передбачений із метою запобігання інфекційним захворюванням, вчиняє правопорушення, за яке передбачено покарання у вигляді штрафу до 10 000 чеських крон. Саме згідно із цими положеннями заявники були притягнуті до відповідальності на національному рівні.

У своєму рішенні ЄСПЛ “*Vavříčka and Others v. The Czech Republic*” [19], окрім національного законодавства Чехії, додатково звернув увагу на практику низки таких країн, як Франція, Угорщина, Північна Македонія, Італія та інші. Рішення відповідних національних судів цих країн переважно свідчили про те, що такі положення законодавства про обов'язкову вакцинацію є конституційними й жодним чином не порушують права людини. Зокрема, суди наголошували на тому, що методи вакцинування є науково протестованими, існує доведення їх ефективності, а отже, переваги такого вакцинування як для окремо взятої людини, так і для суспільства в цілому значно переважають можливі негативні наслідки від щеплення.

Виходячи з практики ЄСПЛ, можна сформулювати чітке уявлення про позицію Суду з такого питання. Так, у рішенні у справі «*Соломахін проти України*» [18] ЄСПЛ ще раз наголосив на тому, що питання обов'язкової вакцинації зачіпає права, окреслені ст. 8 Конвенції [1]. Зокрема, Суд повторює, що фізична цілісність особи охоплюється поняттям «приватне життя», захищеним ст. 8 Конвенції, про що зазначено в рішенні за справою «*X та Y проти Нідерландів*» від 26 березня 1985 р. [17]. Також Суд підкреслює, що тілесна цілісність особи стосується найінтимніших аспектів приватного життя людини й що обов'язкове медичне втручання, навіть якщо воно має незначне значення, є втручанням у це право. Своєю чергою обов'язкова вакцинація – як примусове лікування – означає втручання в право на повагу особистого життя, яке містить фізичну й психологічну цілісність людини, яке це гарантується п. 1 ст. 8 (рішення у справах «*Салветті проти Італії*» від 9 липня 2002 р. [16] і «*Маттер проти Словаччини*» від 5 липня 1999 р. [14]).

У вищезазначеній справі проти Чехії особи безпосередньо не проходили процедуру щеплення, а отже, як такого втручання в приватне життя в розумінні ст. 8 Конвенції [1] не було. Проте Суд зважив на те, які наслідки понесли заявники у зв'язку зі своєю відмовою проходити обов'язкову вакцинацію. Так, урахувавши те, що діти заявників були відсторонені від навчання через відсутність у них потрібних щеплень, Суд вважає, що таким чином все ж відбулося втручання в їх право на повагу до особистого життя.

Важливою особливістю цієї справи є те, що під час її розгляду ЄСПЛ вирішив застосувати так званий трискладовий тест для більш ґрунтовної перевірки наявності чи відсутності в такому випадку порушення ст. 8 Конвенції [1]. Проведення трискладового тесту передбачає перевірку конкретного обмеження права за критеріями відповідності закону, наявності легітимної мети й необхідності в демократичному суспільстві.

Звісно, якщо казати про перший аспект – відповідність закону, – то цей критерій індивідуальний у кожній справі, зважаючи на національне законодавство кожної окремо взятої держави. Як такого питання про легітимність мети застосування обов'язкової вакцинації в Суду не поставало, адже, як зазначає національне законодавство Чехії, національні суди й практика ЄСПЛ, метою подібних дій є забезпечення здоров'я населення, зокрема породження колективного імунітету. Окрім цього, у вже цитованому вище рішенні ЄСПЛ «*Соломахін проти України*» Суд також наголошував на тому, що порушення фізичної недоторканості заявника можна вважати виправданим дотриманням цілей охорони здоров'я населення та необхідністю контролювати поширення інфекційного захворювання [18].

Щодо останнього критерію трискладового тесту, то Суд нагадав, виходячи зі своєї практики, що втручання вважатиметься «необхідним у демократичному суспільстві» для досягнення законної мети, якщо воно відповідає «нагальній соціальній потребі», якщо причини, наведені національними органами влади для його обґрунтування, є «актуальними й достатніми та якщо це пропорційно

законній меті, яка переслідується. Варто зазначити, що Суд залишає свободу розсуду держави в питаннях національної охорони здоров'я, на що ЄСПЛ вказував у рішенні «Христозов та інші проти Болгарії» за 2012 р. [15]. Під час розгляду питання про необхідність таких обмежень у демократичному суспільстві ЄСПЛ наголосив на тому, що політика охорони здоров'я конкретної держави має ґрунтуватися на врахуванні інтересів дітей, що ми можемо спостерігати в Чеській Республіці.

У контексті статті особливу увагу варто приділити позиції Суду саме щодо відсторонення невакцинованих від відвідування дитячих садків і шкіл. Суд зазначає, що для дітей заявників, які на час застосування до заявників санкцій відвідували школу, не настало жодних негативних наслідків, що б вплинуло на можливість цих дітей реалізувати своє право на освіту [19]. Своєю чергою щодо питання про відмову в зарахуванні до дитячих садків дітей інших заявників ЄСПЛ зазначає, що, хоча заявники скаржились на вплив цього на організацію сімейного життя, особливо у фінансовому й кар'єрному плані, Суд повторює, що особиста сфера справи, розглянута в рамках ст. 8 приватного життя, обмежується самими заявниками й наслідками для них оскаржуваних заходів.

Звісно, приймаючи рішення, Суд враховував те, що недопущення дітей такого віку до навчання та спілкування з однолітками негативно вплинуло на можливість цих дітей особистісно розвиватися, проте ЄСПЛ вказує на те, що такі наслідки були спричинені свідомим порушенням законодавства їхніми законними представниками – батьками.

Окрім цього, Суд зауважив, що не можна розглядати вимогу держави для тих, для кого вакцинація представляє віддалений ризик для здоров'я, прийняти цей захисний захід як юридичний обов'язок, як непропорційне обмеження прав осіб, передбачених ст. 8 Конвенції [1]. До того ж подібні дії держави є виправданими в контексті соціальної солідарності заради невеликої кількості вразливих дітей, які не можуть скористатися вакцинацією.

Відповідно, Суд дійшов висновку, що Чеська Республіка діяла в межах вільного розсуду щодо політики у сфері охорони здоров'я, а отже, Суд не побачив у діях відповідної держави порушення прав заявників, передбачених ст. 8 Конвенції.

Важливо також зазначити, що, окрім права на повагу до приватного життя, таке питання ще й охопило право кожної людини на свободу думки, совісті й релігії, що передбачено ст. 9 Конвенції в контексті права на вираження та додержання своїх думок і поглядів стосовно вакцинації [1].

Через те, що практика суду щодо застосування ст. 9 Конвенції в такому розумінні є досить незначною, варто звернутися до рішення ЄСПЛ у справі «Баятян проти Вірменії» від 2011 р. [13]. Справа стосувалася відмови від проходження військової служби у зв'язку з релігійними переконаннями. Суд окреслив, що подібна відмова осіб від виконання певного зобов'язання, передбаченого національним законом (у нашому випадку – вакцинації), є виправданим лише за умови глибокої розбіжності внутрішніх переконань особи з концепцією конкретного її зобов'язання перед державою. Мало того, це питання має розв'язуватися індивідуально в кожній конкретній справі. Проте у справі «Vavříčka and Others v. The Czech Republic» [19] питання особистих поглядів заявників на щеплення мали другорядний характер, тому ЄСПЛ не визнав за Чеською Республікою порушення ст. 9 Конвенції [1].

Якщо ж повертаємося до питання порушення державою можливості дітей реалізувати своє право на освіту, то ЄСПЛ зазначив, що їхнє право не було цілковито обмежено. Адже, попри неможливість відвідування дитячих садків, у дітей залишалися різноманітні можливості для розвитку своєї особистості й отримання нових знань.

Як вже зазначалося раніше, питання обов'язковості вакцинації та, відповідно, обмеження можливості дітей

відвідувати навчальні заклади у відповідному рішенні ЄСПЛ розглядалося лише в аспекті ст. ст. 8, 9 Конвенції [1] та ст. 2 Протоколу № 1 до Конвенції [4]. Проте, на думку авторів, у такому питанні варто також приділити увагу ряду прав, які охоплюються ст. 1 Протоколу № 12 Конвенції, а саме забороні дискримінації. Відповідно до такого протоколу здійснення будь-якого передбаченого законом права забезпечується без дискримінації за будь-якою ознакою, наприклад за ознакою статі, раси, кольору шкіри, мови, релігії, політичних чи інших переконань, національного чи соціального походження, належності до національної меншини, майнового стану, народження або за іншою ознакою [4].

Дискримінація полягає в застосування різного поводження щодо осіб, які перебувають в однаковому становищі, без об'єктивного й розумного обґрунтування, водночас різниця в поводженні не має за легітимну мету або різниця в поводженні не є пропорційною поставлений меті (єдиною підставою різниці є особистісна характеристика), під час користування будь-якими правами, передбаченими національним законом (у нашому випадку – право на освіту) [9]. Таким чином, можна припустити наявність у вищезгаданій справі про недопущення невакцинованих дітей до навчання ознак дискримінації. Адже відбувається відмінність в ставленні до таких дітей за ознакою відсутності в них відповідних щеплень.

Проте тут варто зважати на легітимність мети, яку переслідує держава, здійснюючи таке відмінне ставлення до невакцинованих дітей. Так, ми можемо звернутися до вже проведеного ЄСПЛ трискладового тесту щодо порушення ст. 8 Конвенції [1], де Суд зазначив, що такі дії держави спрямовані на захист від хвороб, які можуть становити серйозний ризик для здоров'я. Це стосується як тих, хто отримує відповідні щеплення, так і тих, хто не може бути вакцинований та перебуває в стані вразливості. Тому з першого погляду таке інакше ставлення, що може бути розцінене як дискримінація, має за легітимну мету й пропорційне такій меті.

Дуже важко сформулювати остаточну думку із цього приводу, зважаючи на відсутність усталеної практики ЄСПЛ за ст. 1 Протоколу № 12 Конвенції [4]. Основна маса рішень за цією статтею – проти Боснії та Герцеговини, й стосуються порушення виборчих прав громадян. Однак подібне може свідчити про зменшення кількості випадків дискримінації в розумінні Протоколу № 12 натепер.

Рішення ЄСПЛ у справі «Vavříčka and Others v. The Czech Republic» [19] привернуло увагу не лише тих, хто безпосередньо брав участь у розгляді й розв'язанні справи, а й інших суспільних і політичних діячів. Так, свою позицію в соціальній мережі Facebook висловила Ганна Юдківська, суддя Європейського суду з прав людини від України. Ганна Юдківська категорично не погодилася з думкою, що держава жодним чином не може знати інтереси дитини, й зазначила, що права дитини захищаються насамперед батьками, але існують випадки, коли держава зобов'язана вжити заходів, спрямованих на захист прав та інтересів дитини від безвідповідальних, а іноді й агресивних батьків. Окрему увагу суддя приділила тому, що обов'язок вакцинуватися не абсолютний та обов'язково варто враховувати особливості кожної дитини окремо. Щодо регламентації питання процедури визначення протипоказань до вакцинації в певних дітей, наскільки батьки можуть розраховувати, що медична система уважна до цього аспекту, вона відзначила, що оскільки Заявники у справі не стверджували про наявність протипоказань, то й піддавати деталізації такий аспект Суд не став [10]. Таким чином, із висловлювань Ганни Юдківської можна зробити висновок, що вона загалом підтримує та поділяє таке рішення ЄСПЛ, аргументуючи свою позицію та керуючись насамперед цінністю соціальної солідарності щодо захисту здоров'я всіх членів суспільства.

Уповноважена Верховної Ради України з прав людини Людмила Денисова також поділилася своєю думкою щодо питання вакцинації. Вона зазначила, що Офіс Омбудсмана України неодноразово отримував листи від батьків із проханням захистити права їхніх дітей у зв'язку з тим, що через відмову від вакцинації їхніх дітей не допускають до навчання в закладах освіти. Позиція Людмили Денисової така, що відмова у відвідуванні закладів освіти тим, хто не має передбачених календарем щеплень, не є порушенням права на освіту, оскільки національним законодавством передбачено й інші форми отримання освіти, окрім очного, наприклад дистанційна, екстернатна, сімейна (домашня) форми здобуття освіти, які не пов'язані з перебуванням дитини серед великої кількості інших осіб. Такі форми навчання та обов'язкова вакцинація, на думку Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини, створюють колективний імунітет і знижують ризик захворювання щеплених дітей, а також дитини, батьки якої відмовилися від вакцинації, та дітей, які не можуть отримати дозу вакцини через медичні протипоказання [11].

Уляна Супрун, перебуваючи на посаді виконувача обов'язки Міністра охорони здоров'я України, у своєму блозі наголошувала, що практика Європейських країн щодо санкцій у виді штрафів, заборони відвідувати дитячі садки й школи, скасування виплат соціальної допомоги на сім'ю за відмову від обов'язкових щеплень уже дала позитивний результат: кількість щеплень зросла більше, ніж на третину

[12]. Натомість як така практика в Україні не приводить до належного результату, навіть зважаючи на те, що кількість хворих на хвороби, проти яких передбачена обов'язкова вакцинація, значно вища, ніж у країнах Європи. Проте обурення серед батьків не стихає, а їхні позиції проти щеплень не підкріплені жодними аргументами.

Висновки. На основі вищевикладеного доходимо висновку, що все більше країн Європи визнають цінність та ефективність вакцинування в боротьбі з епідеміологічною загрозою. Питання вакцинації викликає чимало обурення в суспільстві, проте остаточне слово завжди залишається за правознавцями. Незважаючи на те, що кожна людина має право самостійно розпоряджатися власним життям і здоров'ям, існує перелік обов'язкових щеплень, які мають бути проведені кожною людиною. Відмова від вакцинації є цілком правомірною, але наслідки, які тягне за собою така відмова, є значно серйознішими, ніж одне щеплення. Відмова однієї людини не має ставити під загрозу здоров'я всього суспільства.

Позиція щодо вакцинування знайшла своє відбиття на міжнародному рівні – в рішеннях ЄСПЛ. Обмеження прав осіб, які відмовилися від вакцинації за власним бажанням, а також накладення санкцій за таку відмову, не є проханням дискримінації. Інтереси суспільства превалюють над інтересом однієї особи, тому впровадження обов'язкової вакцинації задля боротьби за громадське здоров'я не є порушенням прав окремих осіб.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод від 04 листопада 1950 р. № 995_004 : ратифіковано Законом від 17 липня 1997 р. № 475/97-ВР. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 14.04.21).
2. Конвенція про права дитини від 20 листопада 1989 р. зі змінами, схваленими резолюцією 50/155 Генеральної Асамблеї ООН від 21 грудня 1995 року. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_021 (дата звернення: 15.04.21).
3. Європейська соціальна хартія від 3 травня 1996 р. : ратифіковано із заявами Законом № 137-V від 14 вересня 2006 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_062 (дата звернення: 15.04.21).
4. Протокол № 12 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (ETS № 177) (укр. / рус.) : ратифіковано Законом № 3435-IV від 09 лютого 2006 р. *База даних «Законодавство України»*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_537 (дата звернення: 15.04.21).
5. Про захист населення від інфекційних хвороб : Закон України від 6 квітня 2000 р. № 1645-III / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1645-14> (дата звернення: 15.04.21).
6. Про освіту : Закон України від 5 вересня 2017 р. № 2145-VIII / *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19> (дата звернення: 15.04.21).
7. Рішення Конституційного Суду України від 10 березня 2021 р. № 331/5291/19 за справою про визнання недійсним та скасування наказів про відсторонення від занять учнів, які не щеплені за віком. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/93119655> (дата звернення: 15.04.21).
8. Рішення Конституційного Суду України від 17 квітня 2019 р. № 682/1692/17 за справою про прийняття до навчально-виховного комплексу. *Єдиний державний реєстр судових рішень*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81652333> (дата звернення: 15.04.21).
9. Аналіз застосування практики Європейського суду з прав людини та дотримання Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод судами першої інстанції та апеляційним судом Харківської області у 2014 р. *Апеляційний суд Харківської області*. URL: https://hrga.court.gov.ua/sud2090/inf_court/generalization/uzag1517 (дата звернення: 15.04.21).
10. Юдківська Г.Ю. І дещо про вакцинацію від ЄСПЛ. *Facebook* : вебсайт. URL: <https://www.facebook.com/photo?fbid=2805747823087958&set=a.1428599400802814> (дата звернення: 15.04.21).
11. Денисова Л.П. Щодо звернення батьків щодо сприяння у захисті прав дітей на освіту у зв'язку з відмовою батьків від їх обов'язкової вакцинації. *Офіс Омбудсмана України*. *Facebook* : вебсайт. URL: <https://www.facebook.com/office.ombudsman.ua/posts/810731582872351> (дата звернення: 15.04.21).
12. Супрун У. У Європі штрафують за відмову від вакцинації. URL: <https://suprun.doctor/zdorovya/vidmova-vid-vakczinacziyi-v-samoaprizvela-do-masovoyi-tragediyi.html?&page=1000> (дата звернення: 15.04.21).
13. Case of Bayatyan v. Armenia (Application no. 23459/03, 7 July 2011). *The European Court of Human Rights (Grand Chamber)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-105611"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (дата звернення: 14.04.21).
14. Case of Matter v. Slovakia (Application no. 31534/96, 5 July 1999). *The European Court of Human Rights (Second section)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20MATTER%20v.%20SLOVAKIA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58266"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 14.04.21).
15. Case of Hristozov and others v. Bulgaria (Applications nos. 47039/11 and 358/12, 29 April 2013). *The European Court of Human Rights (Fourth section)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-114492"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (дата звернення: 14.04.21).
16. Case of Salvetti v. Italy (Application no. 42197/98, 9 July 2002). *The European Court of Human Rights (First section)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-22636"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 14.04.21).
17. Case of X and Y v. The Netherlands (Application no. 8978/80, 26 March 1985). *The European Court of Human Rights (Court (Chamber))*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-57603"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{) (дата звернення: 14.04.21).
18. Case of Solomakhin v. Ukraine (Application no. 24429/03, 24 September 2012). *The European Court of Human Rights (Fifth section)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-109565"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 14.04.21).
19. Case of Vavřička and Others v. The Czech Republic (Applications no. 47621/13 and five other applications, 8 April 2021). *The European Court of Human Rights (Grand Chamber)*. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"kupdate":\["2021-04-06T00:00:00.0Z","2021-04-13T00:00:00.0Z"\],"itemid":\["001-209039"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (дата звернення: 14.04.21).

ПРЕЮДИЦІАЛЬНІ ЗАПИТИ ЯК МЕХАНІЗМ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДОТРИМАННЯ ПРИНЦИПУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА ЄС

PRELIMINARY REQUESTS AS A MECHANISM TO ENSURE THE PRINCIPLE OF THE RULE OF EU LAW

Олексієнко А.В., студентка V курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Чебукіна Д.О., студентка V курсу

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена дослідженню питання преюдиціального запиту у світлі практики Суду Європейського Союзу щодо тлумачення установчих договорів, дійсності та тлумачення актів інститутів, органів або установ Союзу [3]. Ця тема є досить актуальною, оскільки Суд справедливості є єдиним органом, що наділений відповідною компетенцією, тому привертає особливу увагу. Авторами розкрито поняття преюдиціального запиту, проілюстровано та досліджено випадки звернення національними судами держав-членів до Суду ЄС із наведенням відповідної судової практики. Особливу увагу автори звернули на розгляд преюдиціального запиту в порядку термінової процедури у Суді справедливості як ще більш ефективного способу забезпечення дотримання принципів права ЄС. Також були досліджені умови та обставини, за яких застосовується термінова процедура й визначається те, хто може її ініціювати.

Гармонізація судової практики та повага до основних правових принципів та цінностей є метою Суду ЄС, тому за допомогою преюдиціальної процедури досягаються основні цілі. Механізм преюдиціального запиту дозволяє забезпечувати однакове застосування та тлумачення положень права Союзу в судах держав-членів, тим самим забезпечуючи єдність права Європейського Союзу. З огляду на це, національні суди чи трибунали держав-членів мають право призупинити провадження у справі й у разі виникнення сумніву щодо дійсності акта права ЄС звернутися з преюдиціальним запитом із наведенням конкретних аргументів до Суду справедливості, щоб останній виніс відповідне рішення. Тому преюдиціальна процедура, передбачена ст. 267 Договору про функціонування ЄС, є інструментом співробітництва та діалогу між національними судами держав-членів та Судом справедливості, значно впливаючи на розвиток правової системи Союзу. Авторами надано пропозицію щодо можливості впровадження процедури попереднього рішення в українську судову систему.

Ключові слова: преюдиціальна процедура, преюдиціальний запит, Суд Європейського Союзу, національні суди, преюдиціальні рішення.

The article is devoted to the study of the question of preliminary ruling in the light of the case law of the Court of Justice of the European Union. In particular, preliminary rulings concerning: the interpretation of the Treaties; the validity and interpretation of acts of the institutions, bodies, offices or agencies of the Union [3]. This topic is quite relevant, as the Court of Justice is the only body with the appropriate competence and therefore attracts special attention for research. The authors reveal the concept of a preliminary ruling, illustrate and investigate the cases of appeals by national courts of the Member States to the Court of Justice of the EU with relevant case law. The authors drew particular attention to the consideration of the reference for a preliminary ruling in the Court of Justice as an even more effective way to ensure compliance with the principles of EU law. The conditions and circumstances under which the urgent procedure is applied and who can initiate it were also investigated.

Harmonization of case law and respect for fundamental legal principles and values is the aim of the Court of Justice, so the main objectives are achieved through the preliminary ruling procedure. The mechanism of preliminary ruling ensures that the provisions of Union law are uniformly applied and interpreted in the courts of the Member States, thus ensuring the unity of European Union law. In this connection, the national courts or tribunals of the Member States have the right to suspend proceedings in the event of any doubt as to the validity of an act of EU law and to refer a preliminary ruling to the Court of Justice. Therefore, the preliminary procedure provided for in Article 267 of the Treaty on the Functioning of the EU is an instrument of cooperation and dialogue between the national courts of the Member States and the Court of Justice and thus has a significant impact on the development of the Union's legal system. The authors proposed the possibility of introducing a preliminary ruling procedure in the Ukrainian judicial system.

Key words: preliminary ruling procedure, Court of Justice of the European Union, national courts, preliminary rulings.

Постановка проблеми. Право Європейського Союзу (далі – ЄС) характеризується принципом верховенства щодо національного права, а також прямою дією. На практиці трапляється, що не завжди норми права держав-членів відповідають нормам права ЄС, але перед національними судами лежить обов'язок неухильно їх дотримуватись. Тому під час розгляду справ національними судами держав-членів може постати питання щодо дійсності норм права ЄС чи їх тлумачення. Національні суди не наділені компетенцією тлумачення права ЄС, оскільки в іншому разі це б спричинило різне тлумачення у державах-членах. Саме тому виключною компетенцією тлумачити право ЄС наділений Суд ЄС задля забезпечення принципу єдиного його тлумачення та застосування на всій території Союзу [1, с. 156].

Аналіз останніх досліджень. Питання преюдиціального запиту досліджувалось такими науковцями, як Т.В. Комарова, М.О. Деменчук, Є.О. Сорокіна та ін., чий праці створили теоретичне підґрунтя для дослідження цієї теми.

Метою статті є дослідження процедури попереднього рішення (процедура за преюдиціальними запитами), яка

здійснюється Судом справедливості ЄС, спираючись на позиції науковців та аналіз практики Суду справедливості.

Виклад основного матеріалу. Вперше преюдиціальну процедуру було передбачено Договором про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі. Так, ст. 41 встановлювала, що Суд ЄС був наділений компетенцією виносити преюдиціальне рішення про дійсність актів Вищої керівного органу і Ради, коли їх дійсність береться під сумнів та є важливою для судочинства в національних судах і трибуналах [2].

Сьогодні преюдиціальна процедура регулюється ст. 267 Договору про функціонування ЄС. Так, будь-який суд чи трибунал держави-члена може звернутися до Суду справедливості із запитом про тлумачення установчих договорів, дійсності та тлумачення актів інституцій, органів та установ ЄС [3]. Під установчими договорами розуміється не лише Договір про функціонування ЄС та Договір про ЄС, а й інші договори, які доповнюють їх, та договори про приєднання.

Таким чином, преюдиціальним запитом є звернення будь-якого суду чи трибуналу держав-членів до Суду спра-

ведливості, які в процесі розгляду справи зіштовхнулися з проблемою тлумачення чи дійсності права Союзу. Якщо таке питання порушується у справі, яку розглядають у суді чи трибуналі держави-члена стосовно особи, яка перебуває під вартою, Суд Європейського Союзу діятиме з мінімальними затримками [3].

Варто зазначити, що Суд ЄС не втручається в юрисдикцію національних судів держав-членів і не надає оцінку обставинам справи, а націлений лише на надання відповіді на поставлені перед ним запитання відповідно до установчих договорів. Саме у цьому полягає розмежування функцій між національними та судовими органами ЄС.

Частина 2 ст. 267 ДФЕС регламентує, що у тому разі, коли питання тлумачення установчих договорів, питання дійсності та тлумачення актів інститутів, органів або установ ЄС порушується перед будь-яким судом чи трибуналом держави-члена, цей суд може, якщо він вважає, що рішення з цього питання є необхідним для того, щоб винести рішення, просити Суд ЄС винести рішення щодо цього питання. Частина 3 ст. 267 ДФЕС передбачає: якщо будь-яке питання, яке порушене у справі і перебуває на розгляді в суді чи трибуналі держави-члена, проти рішень якого не передбачено судового захисту відповідно до національного законодавства, то цей суд або трибунал передає справу до Суду справедливості [3].

Особливістю преюдиціальної процедури є те, що з відповідним запитом до Суду ЄС зобов'язані звертатися національні суди останньої інстанції у разі сумніву щодо дійсності певної норми ЄС чи її тлумачення. Що стосується судів неостанньої інстанції з цього виду справи, то вони на свій розсуд можуть звертатися до Суду справедливості, тобто на них не покладено такого обов'язку. З цього випливає, що у такому разі національна судова установа має право відкласти застосування того чи іншого акта ЄС, зупинити провадження в справі та звернутись до Суду справедливості з преюдиціальним запитом з обґрунтуванням власної позиції щодо сумніву в застосуванні такого акта. Суд ЄС може відмовити у розгляді преюдиціального звернення у тому разі, коли перевірка дійсності акта ЄС чи тлумачення права ЄС не стосується суті справи чи її предмета.

Установчі договори не встановлюють форму преюдиціального звернення, але на національні суди держав-членів покладено обов'язок у викладенні фактичних та юридичних обставин справи, на якому ґрунтується запит. Отож, важливим є саме професіоналізм судді, який звертається із відповідним запитом, та його компетентність у праві ЄС.

Суд ЄС, виконуючи функцію тлумачення норм права, забезпечує дотримання права Європейського Союзу в цілому. Так, Суд справедливості наділений компетенцією встановлювати і розвивати основоположні принципи права ЄС. Основною метою процедури є заповнення прогалін, що існують на рівні установчих договорів, а також зближення права ЄС із правом держав-членів Європейського Союзу, забезпечуючи повагу Союзом фундаментальних правових принципів і цінностей, які визнаються й охороняються в національних правових системах відповідних держав. Тим самим Суд ЄС наділений правотворчою функцією, оскільки (заповнюючи прогаліни в установчих договорах шляхом закріплення основних принципів права) створює обов'язкові для всіх суб'єктів права ЄС, що є виявом виконання функцій конституційного суду.

Яскравими прикладами тлумачення Судом справедливості є рішення в справах 6-64 *Costa v ENEL* [4] та 26-62 *Van Gend en Loos* [5]. Практика суду в цих справах є доленною та фундаментальною для права ЄС, оскільки вперше на теренах Союзу в преюдиціальному порядку розтлумачено принцип верховенства права ЄС над національним правом, а також принцип прямої дії.

Суд справедливості має повноваження переглядати акти інституцій, органів або установ ЄС на предмет їх дійсності щодо відповідності загальним принципам права

ЄС, які мають пряму дію. Недійсність актів має визначатися виключно Судом справедливості, оскільки при цьому зберігається взаємопов'язаність та єдність правової системи Європейського Союзу [6].

Законність актів ЄС повинна презюмуватися до визнання протилежного Судом справедливості, а держави-члени зобов'язані виконувати свій обов'язок застосовувати та втілювати їх належним чином [7].

Коли Суд справедливості за преюдиціальною процедурою ухвалює рішення щодо недійсності акта ЄС, то воно матиме юридичну силу тільки для суду, який звернувся із запитом. Для всіх інших він залишається дійсним. Так, К. Хардінг робить висновок, що «недійсність» у розумінні ст. 267 означає «незастосування в конкретній справі через нелегітимність», а не «недійсність і відсутність юридичної сили в будь-якому разі через нелегітимність» [8].

Але Суд ЄС визнав, що національні суди, які матимуть справу з актом, що вже раніше був визнаний недійсним, можуть посилатися на таку недійсність, незважаючи на спрямованість попереднього рішення лише конкретному суду [6]. Крім того, найчастіше інститут, акт якого визнаний недійсним у преюдиціальній процедурі, відміння його або змінює його положення на правомірні. До того ж такі інститути запрошуються до участі в преюдиціальній процедурі щодо встановлення нечинності відповідно до ст. 20 Статуту Суду Європейського Союзу і зобов'язані вжити необхідних заходів для виконання рішення Суду відповідно до ст. 266 Договору про функціонування ЄС (яка діє не тільки щодо рішення Суду за статтями 263 та 265, а й щодо преюдиціальних рішень).

За наявності серйозних підстав піддати сумнівам законність певного акта національний суд може відкласти застосування такого акта чи постановити застосування тимчасових заходів щодо такого акта. У такому разі національний суд має передати питання про дійсність акта до Суду справедливості з власною позицією щодо того, чому певний акт права ЄС має бути визнаний недійсним [9]. Також національному суду необхідно вказати на можливість настання непоправної шкоди у разі продовження застосування акта права ЄС і наявність інтересу європейської спільноти у розгляді такого питання.

Якщо Суд справедливості визначає певний акт права ЄС недійсним, то постає важливе питання про те, з якого часу необхідно вважати такий акт недійсним (з моменту винесення рішення або з моменту набуття актом юридичної сили). У такому разі Суд ЄС має додатково визначити, які з наслідків відповідного акта залишаються чинними. Зазвичай рішення про визнання акта права ЄС нечинним має зворотню часову дію, тобто акт визнається недійсним із моменту його ухвалення (принцип *ex tunc*) [10]. Так, у процесі дослідження практики Суду справедливості ми знаходили рішення про визнання нечинними актів, яким Суд надав зворотню дію в часі. Водночас Суд може відтермінувати рішення про визнання недійсним акта права ЄС. Таким прикладом є справа про квоти на викиди парникових газів. У цій справі суд подав запит про чинність ст. 4 та Додатку II до Рішення Комісії 2013/448/ЄС від 5 вересня 2013 року щодо національних заходів щодо здійснення перехідного безкоштовного розподілу квот на викиди парникових газів відповідно до статті 11 (3) Директиви 2003/87/ЄС Європейського Парламенту та Ради. За результатами розгляду Суд дійшов висновку, що в результаті неузгодження мовних версій Директиви та прийняття рішення Комісією не узгоджувалось із Директивою визнати недійсним Рішення Комісії 2003/448, а також визначив, що часові наслідки визнання недійсними статті 4 Рішення 2013/448 та Додатку II до неї мають бути обмежені, щоб, по-перше, ця заява не мала наслідків до 10 місяців після дати винесення цього рішення, щоб дозволити Європейській Комісії вжити необхідних заходів, по-друге, заходи, вжиті в той період

на основі втрачених чинності положень, не можуть бути сумнівними. Тобто рішення Суду про встановлення недійсності акта набуде чинності лише через 10 місяців [11].

Процедура розгляду преюдиціальних запитів у Суді справедливості не відрізняється від інших. Вона також передбачає проведення письмової та усної стадії. Нашу увагу привернула термінова процедура розгляду запитів за преюдиціальною процедурою, яка передбачена ст. 23(а) Статуту Суду Європейського Союзу. Терміновий порядок розгляду встановлений у 2008 році для преюдиціальних запитів у сфері свободи, безпеки і справедливості. З огляду на особливо чутливий характер цієї сфери, необхідно запровадити специфічну виняткову процедуру, яка дозволить те, щоб інтереси, про які йдеться, були захищені у разі потреби. Таким чином, на відміну від прискореної процедури, яка може застосовуватися у всіх сферах законодавства ЄС та до будь-якого типу провадження, порядок постанови регульованої статтею 107 та наступними статтями Регламенту Суду.

Рішення щодо того, чи слід задовольняти клопотання суду про термінову процедуру, розглядається Палатою, спеціально призначеною Судом. Якщо суд, який направляє запит, не вимагає термінової процедури розгляду преюдиціального запиту, але ця процедура, на перший погляд, видається необхідною, Голова Суду може звернутися до компетентної Палати з проханням розглянути питання про необхідність термінової процедури.

Слід також зазначити, що положення, що регулює терміновий порядок, не встановлює детально обставин, за яких вона може бути призначена для використання. Лише в четвертому абзаці ст. 267 ДФЕС згадується ситуація, коли Суд повинен діяти «з мінімальним запізненням», зокрема щодо питання у справі стосовно особи, яка перебуває під вартою.

Практика Суду справедливості визначає такі випадки застосування термінової процедури. У Рішенні від 22 грудня 2010 р., Mercredi (C-497/10 PPU, EU: C: 2010: 829) суперечка в основному провадженні була між громадянкою Великої Британії та громадянином Франції щодо опіки над дочкою. Апеляційний суд (Англія та Уельс) уважав за необхідне визначити суд, який мав юрисдикцію розглядати це питання, яке вимагало роз'яснень від Суду ЄС статей 8 та 10 Регламенту № 2201/2003, що дозволяє визначити звичне місце проживання дитини. Для того,

щоб уникнути ризику погіршення стосунків між дитиною та батьком, яка була відокремлена від нього понад рік, Суд ЄС вирішив застосувати термінову процедуру [12].

Суд ЄС також розглядає преюдиціальні запити в терміновій процедурі у разі позбавлення свободи заінтересованої особи в основному провадженні. Так, у Рішенні від 25 липня 2018 року (Велика палата) Міністром юстиції та рівності (Недоліки в системі правосуддя) за обставинами справи було встановлено, що особа була заарештована в Ірландії за європейським ордером, виданим польськими органами. Ця особа наполягала на невиданні його Польщі, адже там йому не буде забезпечено справедливого судового розгляду, зважаючи на законодавчі зміни у системі правосуддя, тому Верховний суд Ірландії просив розтлумачити статтю 1 (3) Рамкового рішення Ради 2002/584 / ПВР від 13 червня 2002 року про європейський ордер на арешт та процедури капітуляції між державами-членами і подав клопотання про розгляд цього питання у порядку термінової процедури, зважаючи на той факт, що заінтересована особа позбавлена волі до прийняття рішення про її здачу польській владі і що відповідь на поставлені запитання буде вирішальною для прийняття цього рішення [13].

Висновки. Процедура ухвалення рішень за преюдиціальним запитом є основним каналом комунікації між національними судами всіх держав-членів та Судом. Останній надає свої послуги за запитом національного суду, який зіштовхується з проблемами тлумачення або чинності законодавства ЄС. Попередні рішення мають вагомe значення у процесі наближення законодавства, оскільки вони містять тлумачення законодавства ЄС. Аналіз практики Суду справедливості призвів до висновку, що національні суди держав-членів досить часто користуються такою процедурою, оскільки на практиці це є дієвим механізмом захисту, по-перше, прав приватних осіб, по-друге, цінностей, на яких побудовано Європейський Союз та які проанізовані скрізь усі установчі договори Союзу.

На наш погляд, українській судовій системі варто було б мати таку процедуру забезпечення дотримання прав людини. Для того, щоб справа не проходила всі інстанції і не чекала роками рішення касаційної інстанції, можна було б надати судам першої інстанції право звертатися до Верховного Суду із запитом для роз'яснення положень нового закону або для тлумачення окремих термінів тощо.

ЛІТЕРАТУРА

1. Комарова Т.В. Юрисдикція Суду Європейського Союзу: монографія. Харків, 2010. 360 с.
2. Договір про заснування Європейського об'єднання вугілля та сталі: Договір від 18.04.1951 р. 994_026 / Європейське співтовариство з вугілля та сталі. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_026#Text (дата звернення: 24.04.2021 р.).
3. Договір про функціонування Європейського Союзу: Договір від 25.03.1957 р. С 326/01. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> (дата звернення: 24.04.2021 р.).
4. Суд ЄС "Costa v ENEL". Справа 6-64. Люксембург. 27 березня 1963 р. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61964CJ0006>.
5. Суд ЄС "Van Gend en Loos". Справа 26-62. Люксембург. 5 лютого 1963 р. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61962CJ0026>.
6. Суд ЄС "International Chemical Corporation v. Amministrazione delle Finanze dello Stats". Люксембург. Справа 66-80. 13 травня 1981. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61980CJ0066>.
7. Суд ЄС "Granaria BV v Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten". Справа 101-78. Люксембург. 13 лютого 1979. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61978CJ0101>.
8. Harding C. The Impact of Art. 177 of the EEC Treaty on the Review of Community Action. Yearbook of European Law. 1981. Vol. 1. P.101.
9. Суд ЄС "Firma Foto-Frost v. Hauptzollamt Lubeck-Ost". Справа 314-85. Люксембург. 22 жовтня 1987. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61985CJ0314>.
10. Broberg B. Preliminary References to the European Court of Justice. Oxford: OUP. 2010. С.486.
11. Суд ЄС "Borealis Polyolefinev Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft". Справа 191-14. Люксембург. 28 квітня 2016. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62014CJ0191&from=FR>.
12. Суд ЄС "Barbara Merced v Richard Chaffe". Справа 491-10. Люксембург. 22 грудня 2010. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=83470&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5558688>.
13. Суд ЄС "Minister for Justice and Equality (Deficiencies in the system of justice)". Справа 216-18. Люксембург. 25 липня 2018 р. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=204384&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5561091>.

ГЕНДЕРНА ПОЛІТИКА: ЄВРОПЕЙСЬКИЙ ВИМІР І ДОСВІД УКРАЇНИ

GENDER POLICY: EUROPEAN UNION DIMENSION AND UKRAINIAN EXPERIENCE

Павленко К.Є., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Бублик Д.С., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Гендерна рівність є одним із основних прав, загальною цінністю ЄС і необхідною умовою досягнення поставлених цілей, розширення зайнятості та соціального забезпечення. Діяльність Європейського союзу сприяла розробці та поширенню політики гендерної рівності у Європі.

Нормативна база в галузі гендерної політики, сформована у практиці Європейського співтовариства, включає: Договір про створення ЄС, Стамбульську конвенцію, Директиву 75/177/ЄЕС про рівну оплату праці чоловіків і жінок, Директиву 79/7/ЄЕС про рівне звернення в питаннях соціального захисту, Директиву 97/80/ЄС про тягар доказування у випадках дискримінації за ознакою статі, Директиву 2006/54 ЄС про принципи рівних можливостей і звернення у сфері праці та занять тощо. Вони становлять нормативну основу в галузі гендерної політики та закладають міцний фундамент для подальшого розвитку й адаптації її основних напрямів на національному рівні держав-членів. Україна також демонструє значні результати у правовому регулюванні та реалізації гендерної політики, однак введення тільки законодавчих заходів недостатньо для забезпечення повної гендерної рівності та нейтралізації дискримінації за ознакою статі, оскільки необхідно змінити стереотипи суспільної свідомості та поведінки, пов'язані з розумінням соціальної ролі жінок і їхнього місця в суспільстві. Це піднімає питання про впровадження нових стандартів загального світогляду.

Сьогодні гендерна рівність між чоловіками та жінками визнається великою кількістю країн світу, але в сучасному суспільстві, як і раніше, існують певні стереотипи, які призводять до гендерної нерівності. Це гальмує процес міжнародного співробітництва та реалізації основних стандартів і принципів, розроблених міжнародним співтовариством.

Ключові слова: гендерна рівність, політика, законодавство, стандарти, європейська інтеграція, принципи, Європейський Союз.

Gender equality is a fundamental right, a common value of the EU and a necessary condition for achieving development goals, increasing employment and social welfare. European Union activities contributed to the emergence and dissemination of gender equality policy in Europe. It has taken a long period of time to trace its evolution and the substantive changes that have been expressed in the areas of labour, family relations, public service and public administration.

The normative framework in the field of gender policy, which has been formed in the practice of the European community, includes: The Treaty establishing the EU, the Istanbul Convention, Directive 75/177/EEC – about equal pay for men and women, Directive 79/7/EEC – about equal treatment in matters of social protection, Directive 97/80/EC – about the burden of proof in cases of discrimination according to sex, Directive 2006/54 EC – about principles of equal opportunities and treatment in employment and occupation etc. They describe the normative framework, in the field of gender policy, as a very strong foundation for the further development and adaptation of its main directions at the national levels of member States. Ukraine also shows significant results in the legal regulation and implementation of gender policy. Detailed aspects of which are explored in the article.

But introducing only legislative is not enough measures ensuring full gender equality and neutralize discrimination on the basis of sex, because stereotypes of public consciousness and behavior that are related to understanding the social role of women and their place in society need to be changed. That raises the issue of implementing new standards of the general worldview.

Today, gender equality between men and women is relevant. It is determined by a large number of countries in the world, but in modern society there are still certain stereotypes that lead to gender inequality. And it slows down the process of international cooperation and implementation of basic standards and principles, developed by the international community.

Key words: gender equality, policy, legislation, standards, European integration, European Union.

Постановка проблеми. Питання гендерної політики сьогодні є чи не найактуальнішим у сучасному суспільстві, адже викликає дискусії та незадоволення як на державному, так і на міжнародному рівні. Як відомо, Європейський Союз (далі – ЄС) веде досить потужну політику у сфері гендерної рівності й у питаннях гендеру загалом. Що стосується національного досвіду та законодавчого врегулювання цього інституту, то сьогодні він перебуває у процесі свого розвитку й удосконалення, тому постає у новому світлі та регламентації, оскільки за поставлену ціль визначає гарантування гендерної рівності як у самому суспільстві, так і в окремих інституціях, зокрема забезпечення рівного доступу жінок і чоловіків до зайняття виборних і призначуваних посад у сфері державного управління, ліквідацію мінімальних проявів гендерного насильства та забезпечення рівності у реалізації професійних навичок у сфері трудових правовідносин.

Проаналізувати практику європейської спільноти можна як шляхом дослідження самого законодавства, так і завдяки програмним документам, які є обов'язковими до виконання та гарантування на національному рівні всіма членами Європейського Співтовариства. Це дозволить

порівняти стан гендерної політики, гарантований нашою державою, та визначити ті сфери, що потребують більшої уваги та детального доопрацювання.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Вивченню гендерної політики та її аналізу на доктринальному рівні присвячені праці К.О. Задоевко, Т.В. Хавліна, Т. Марценюк, О. Вороніна, А. Комарова, А. Заїки, А. Пашко, Н. Шпак, Н. Грицяк та ін. Серед західних вчених соціокультурні детермінанти гендеру, вплив гендеру на управління, гендерну політику та стереотипи вивчають Д. Бест, Дж. Вільямс, К. Джеклін, А. Ерхард, Е. Маккой, Дж. Мані, М. Мід, К. Петман, Дж. Рознер, С. Салманіємі, М. Шенлі, Л. Шраг та ін. Праці цих науковців мають величезну теоретичну цінність, тому заслуговують уваги.

Мета. За мету поставлено дослідження сучасного стану реалізації, законодавчої регламентації та гарантування гендерної політики на рівні ЄС, а також виокремлення недоліків і прогалин на національному рівні, що дозволить встановити способи та шляхи їх усунення. Нині існує невелика кількість наукових робіт, присвячених комплексному дослідженню практики ЄС у сфері забезпечення рівності прав і можливостей для чоловіків

та жінок, що уповільнює процес її адаптації національним законодавством.

Виклад основного матеріалу. Гендерна рівність – основне право, загальна цінність ЄС і необхідна умова досягнення цілей розвитку, підвищення рівня зайнятості та соціального добробуту [1, с. 7]. Зародженню та поширенню гендерної політики у Європі сприяла саме діяльність ЄС. Окремі фахівці зазначають, що рівність між чоловіками та жінками є частиною «європейського проекту» від самого початку формування ЄС, а принцип гендерної рівності має ключове значення в усій його діяльності. Тобто стандарти щодо рівного ставлення до жінок і чоловіків є частиною як первинного законодавства, яке включає усі засновницькі договори ЄС, так і вторинного, а саме актів, що видаються інститутами ЄС (регламентів, директив, рекомендацій, рішень) [2].

Становлення та побудова гендерної політики в межах ЄС зайняло тривалий проміжок часу. Початковим кроком у формуванні цього інституту була ліквідація проблем у сфері трудових правовідносин, аби унеможливити будь-яку дискримінацію та надати кожному можливість реалізації права на працю. У процесі свого подальшого розвитку гендерна політика почала зачіпати і сімейні відносини, а точніше питання насильства у сім'ї. Сьогодні питання рівності за ознакою статі почало зачіпати сферу публічної служби та державного управління.

Оскільки за мету було поставлено дослідження саме нормативної регламентації гендерної політики, основних принципів, стандартів і цілей, що склалися в межах ЄС, то було б доречно ознайомитися із конкретними прикладами результатів такого нормотворення.

Перші витоки стандартів забезпечення гендерної політики відображені саме в установчих документах ЄС. Так, Амстердамський договір у фундаментальних завданнях визначив: «Поряд із досягненням гармонійного, збалансованого та сталого розвитку соціально-економічної діяльності, підвищення рівня зайнятості, стабільного, безінфляційного зростання, підтримки рівня конкурентоспроможності тощо, актуалізувати питання забезпечення рівності між чоловіками і жінками, формуючи спільний ринок, економічний й валютний союз, а також проводитися спільна публічна політика (діяльність)» [3, с. 144]. Окрім цього, у Договорі про заснування ЄС (далі – ДЄС) у ст. 3 міститься положення: «Вся діяльність, яка проводиться задля досягнення цілей, визначених у ст. 2, ЄС має на меті насамперед усунення дискримінації та сприяння рівності між жінками й чоловіками» [4, с.693]. Ст. 137 та 141 цього Договору вже конкретно регламентують стандарти щодо рівності жінок і чоловіків у трудових відносинах. Зокрема, йдеться про поводження з жінками на роботі та гарантування рівної оплати праці.

У свою чергу, задля повноцінної реалізації гарантованих основоположних прав і свобод без будь-якої дискримінації за ознакою статі Європейська конвенція про захист прав людини й основоположних свобод закріпила: «Користування правами та свободами, які регламентовані у ній, повинно бути забезпечене без будь-якої статевої дискримінації» [5].

Окрім цього, базові стандарти політики гендерної рівності встановлені у Рекомендації № К(98)14 Комітету міністрів Ради Європи державам членам «Про застосування комплексного підходу до проблеми рівності між чоловіками і жінками» (1998) [6].

Інноваційні підходи до визначення стандартів гендерної політики, визначені у Конвенції Ради Європи про запобігання насильству щодо жінок і домашньому насильству й боротьби із цими явищами від 11 травня 2011 р. (Стамбульській конвенції). Регламентовані в Конвенції, разом із визначеними механізмами й заходами, які також представлені в ній, становлять комплексну нормативно-правову базу для сприяння уникнення будь-яких видів дискримі-

нації жінок, сприяючи рівноправності між статями та розширення прав жінок [7].

Стандарти політики у сфері праці, окрім ДЄС, також закріплені у ст. 23 Хартії Європейського Союзу про основні права: «Рівність чоловіків і жінок має бути забезпечено у всіх сферах, у т. ч. стосовно питань працевлаштування, трудової діяльності й оплати праці»[8].

Значний масив досліджуваних принципів міститься у Директивах ЄС. Виокремимо такі, як:

- 1) *Директива 75/177/ЕЕС від 1975 р.* про рівну оплату чоловікам і жінкам;
- 2) *Директива 79/7/ ЕЕС від 1979 р.* про рівне ставлення у питаннях соціального захисту;
- 3) *Директива 86/378/ЕЕС від 1986 р.* про рівне ставлення у професійній пенсійній схемі (виправлено в 1996 р.);
- 4) *Директива 92/85/ЕЕС від 1992 р.* про здоров'я та безпеку на робочому місці для вагітних, жінок після пологів і годуючих матерів;
- 5) *Директива 97/80/ЕС від 1997 р.* про тягар доказу в випадках дискримінації за статтю;
- 6) *Директива 2004/113/ЕС від 2004 р.* про вільний і рівний доступ до товарів та послуг (введено стандарт рівного поводження з жінками та чоловіками щодо доступу до товарів і послуг, доступних громадськості);
- 7) *Директива 2006/54 ЕС від 2007 р.* про принципи рівних можливостей і рівного ставлення у питаннях зайнятості та професії (змінено) [9].

Отже, можемо зробити висновок, що поява значного масиву стандартів гендерної політики завдячує прийнятим інститутами ЄС директивам, що становлять основу та фундамент для подальшої розробки та розширення меж регулювання ще більшого кола суспільних відносин і слугують підставою для гарантування та їх імплементації на рівні законодавства держав-членів, які зобов'язуються визнавати прімаат права ЄС та адаптують національні норми до рівня міжнародних.

Осторонь проблематики гендерної політики не залишилася і Рада Європи (далі – РЕ), котра у своїх Рекомендаціях виокремила основні напрями збалансування статусу чоловіків і жінок.

Рекомендація Rec (2003)3 Комітету міністрів Ради Європи державам-членам щодо збалансованої участі жінок і чоловіків у прийнятті політичних та громадських рішень. Така рекомендація передбачає чітко визначені етапи, які держави-члени повинні пройти для отримання гендерної збалансованої участі та репрезентативності на шляху прийняття суспільно політичних рішень [10]. *Рекомендація 148(2004) та Резолюція 176(2004) Конгресу* акцентує увагу саме органів місцевої влади до підтримки гендерної рівності й рівних можливостей, використовуючи статистику з розподілом за статтю. Певні обов'язки щодо запобігання зростання рівня бідності серед жінок покладено на органи місцевого та регіонального врядування *Резолюцією 391(2015) Конгресу*.

У 2006 р. Рада європейських муніципалітетів і регіонів (СЕМР) розробила Європейську хартію рівності жінок і чоловіків вже на місцевому рівні. Хартію ратифікували майже всі міста Європи. Остання надає чіткі рекомендації місцевим органам влади щодо заходів, реалізація яких належать до їх компетенції та які слід застосовувати для забезпечення рівності між чоловіками та жінками (а також національних меншин, інвалідів, внутрішньо переміщених осіб тощо). Окрім пропаганди гендерної рівності та рівних можливостей, документ також підкреслює важливість проведення гендерного аналізу місцевих рішень, консультування місцевих органів з питань рівності чоловіків і жінок та розвитку соціально-гендерних послуг. Згідно з цим документом органи місцевого самоврядування зобов'язані розробити план дій щодо реалізації політики гендерної рівності, розробляти й обмінюватися найкращими практиками між містами та регіонами.

Також Радою Європи продовжують реалізуватися заходи щодо: проведення моніторингу виконання Рекомендації Rec(2003)3 Кабінету Міністрів; заохочення та сприяння участі жінок у виборах на всіх рівнях; сприяння розширенню повноважень кандидатів жінок і вже обраних посадовців.

Достатньо новим і дієвим механізмом у сфері гендерної політики є поняття «гендерно-орієнтовного бюджетування» (далі – ГОБ), що завдячує своїм витокам *Резолюції 405(2016) Конгресу*. Гендерно-орієнтоване бюджетування (далі – ГОБ) – це сучасна управлінська технологія, яка пов'язує бюджетний процес із гендерними аспектами та політикою гендерної рівності. У процесі впровадження ГОБ робота ведеться над тим, аби створити умови для рівних можливостей жінок і чоловіків у: кар'єрному зростанні; виборчому процесі; здобутті освіти; отриманні медичної допомоги та соціальному забезпеченні. Тобто мета цього проекту полягає в активному залученні жінок до економічної та політичної сфери. Нині впроваджується в багатьох країнах світу вже близько 40 років, у т. ч. і в Україні завдяки фінансуванню Шведського агентства з питань міжнародного розвитку.

Більш глобальні стратегічні цілі та завдання, які ЄС ставить для подальшого досягнення, закріплюються у затвердженій Комітетом Міністрів Ради Європи Стратегії гендерної рівності Ради Європи (далі – Стратегія). Остання ґрунтується на нормативно-правовій і юридичній базі Ради Європи та здобутках попередніх років. Так у листопаді 2013 р. Комітетом Міністрів односторонньо була прийнята перша Стратегія на період 2014–2017 рр., яка сприяла цілісному й інтегрованому підходу до гендерної рівності та надала рекомендації та підтримку державам-членам Ради Європи, а також внутрішнім інституціям.

Стратегія гендерної рівності на 2014–2017 рр. сформулювала п'ять пріоритетних напрямів:

- 1) боротьбу з гендерними стереотипами та сексизмом;
- 2) запобігання насильству щодо жінок і боротьбу з ним;
- 3) гарантування рівного доступу жінок до правосуддя;
- 4) досягнення збалансованої участі жінок і чоловіків у процесі прийняття політичних і суспільних рішень;
- 5) реалізацію стратегії досягнення гендерної рівності в політиці й усіх заходах [11, с. 9].

Проаналізувавши Стратегію РЄ на 2018–2023 рр., можна зробити висновок, що у загальному вигляді вона не змінилася, лише була доповнена додатковим пунктом: захистом прав жінок-мігрантів, жінок-біженців і жінок – шукачів притулку.

Безумовно, регламентація основних заходів та етапів гендерної політики є прерогативою державних органів і міжнародної спільноти, проте в основі такого явища, як «гендерна нерівність» лежить правова свідомість, загальне ставлення, поведінка суспільства та ставлення окремої людини до цієї проблематики. Гендерні стереотипи є результатом і причиною глибоко вкорінених ставлень, цінностей, норм і упереджень чи щодо жінок, чи щодо чоловіків залежно від сфери суспільного життя. Існування таких стереотипів використовують для виправдання та збереження історично встановленої влади чоловіків над жінками та, зокрема, сексистського ставлення, яке гальмує процес покращення ситуації з гендерною рівністю та не дає змогу повною мірою реалізувати державним органам гендерну політику. Для викорінення таких «суспільних устоїв» повинні активно впроваджуватися механізми протидії як на міжнародному, так і на державному рівнях, однак не слід забувати про важливість змін у свідомості та поведінці кожної людини, що є вагомим внеском у процес подолання перешкод у досягнення реальної гендерної рівності.

Таким чином, проаналізувавши нормотворчий досвід ЄС у сфері гендерної політики, можна виокремити такі її риси й особливості:

1) вона зафіксована у комплексному та структурованому наборі стратегій, ідей і механізмів;

2) регламентована саме у формі заборони будь-яких проявів дискримінації за ознакою статі із чітким переліком сфер, де таке обмеження є недопустимим;

3) спрямована як на імплементацію основних стандартів і принципів національним законодавством держав-членів, так і на підвищення правової свідомості та праворозуміння конкретних суб'єктів шляхом викорінення патріархальних стереотипів і другорядності жінки;

4) розширення меж і сфер впливу гендерної політики не обмежується виключно галузями приватного права. Представники жіночої статі залучаються до участі в забезпеченні загальнодержавного управління.

Сьогодні Україна активно долучається до процесу європейської інтеграції: переймає досвід і практику європейських країн у сфері врегулювання економічних, політичних, соціальних, гуманітарних відносин, роблячи значний крок до Асоційованого членства в Європейському Союзі. З метою дотримання міжнародних стандартів і забезпечення рівності прав між усіма громадянами України прийняла низку правових актів, які забороняють будь-яку дискримінацію та сприяють рівності.

На національному рівні регламентації принципу гендерної рівності присвячена ст. 3 Основного Закону України – Конституції, котра закріплює рівність чоловіків і жінок у всіх сферах життя. Додатково ст. 21, 24, 51 встановлюють, що рівність прав жінок і чоловіків забезпечується наданням жінкам рівних із чоловіками можливостей у громадсько-політичній і культурній діяльності, у здобутті освіти та професійній підготовці, у праці та винагороді за неї, встановленні пенсійних пільг матеріальну та моральну підтримку материнства і дитинства тощо.

Окрім цього, до спеціального законодавства у гендерній сфері належить Закон України «Про забезпечення рівних прав і можливостей чоловіків та жінок», який на основі Конституції України втілює найважливіші принципи гендерної рівності не тільки як рівності у правовому статусі, але і як паритету у фізичній можливості його практичної реалізації у всіх сферах суспільного життя. Слід зазначити, що всі подальші нормативно-правові акти національного рівня узгоджуються із цим Законом [12].

Він визначає п'ять пріоритетних напрямів, які створюють основу для формування гендерного паритету: 1. Участь жінок у політиці. 2. Боротьбу з гендерним насильством. 3. Економічне розширення можливостей жінок. 4. Реагування на потреби жінок у конфлікті (включаючи внутрішньо переміщених жінок і жінок у секторі безпеки). 5. Боротьбу з гендерними стереотипами та сприяння гендерній рівності.

Після прийняття Закону було розроблено Національний механізм забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків, що складається з органів виконавчої, законодавчої, органів місцевого самоврядування та здійснює функції щодо реалізації принципів гендерної політики, втіленої у вищевказаному законі.

Також на основі Закону було затверджено деякі державні програми з цього питання, зокрема:

– Державну соціальну програму забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків на період до 2021 р.;

– Державну програму рівних прав і можливостей для жінок та чоловіків на період до 2016 р., затверджену постановою Кабінету Міністрів України № 717 від 26 вересня 2013 р.

З метою уніфікації та забезпечення послідовності та стійкості діяльності державних органів із забезпечення рівності прав і можливостей для всіх людей у 2013 р. було прийнято Закон «Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні». Відповідно до ст. 7 Закону державна політика щодо запобігання та протидії дискримінації спрямована на: запобігання дискримінації; створення умов для

своєчасного розкриття випадків дискримінації та забезпечення ефективного захисту осіб та / або груп осіб, котрі постраждали від дискримінації; виховання та пропаганду серед населення України поваги до людей незалежно від їхніх специфічних особливостей; розповсюдження освітньої діяльності у цій галузі. Ст. 4 Закону поширює свою дію на такі сфери суспільних відносин: публічно-політичну діяльність, державну службу та службу в органах місцевого самоврядування, юстицію, трудові відносини, охорону здоров'я, соціальний захист, житлові відносини та інші сфери суспільних відносин [13].

Також у 2016 р. гендерне питання було включено до «Стратегії розвитку державного управління на період 2016–2020», а також до Державної стратегії регіонального розвитку на 2021–2027 рр. У серпні 2016 р. Міністерство соціальної політики оголосило проєкт Концепції державної програми забезпечення рівних прав та можливостей жінок та чоловіків на період до 2021 р. [14, с. 21, 157].

Позитивним кроком стала розробка Міністерством освіти і науки України Стратегії впровадження гендерної рівності та недискримінації в освіті «Освіта: гендерний вимір – 2020». Декретом Кабінету Міністрів України № 1544-р від 28 жовтня 2020 р. затверджено Національний план дій із виконання резолюції Ради Безпеки ООН 1325 «Жінки, мир, безпека» до 2025 р. Метою затвердження є створення умов для забезпечення рівної участі жінок і чоловіків у подоланні конфліктів, встановленні миру, процесах відновлення, протидії безпековим викликам, системної протидії насильству за ознакою статі та насильству, пов'язаному з конфліктом. [15]

7 червня 2017 р. Кабінет Міністрів України затвердив посаду Урядового уповноваженого з питань гендерної політики та затвердив відповідні Положення, але його діяльність зводиться до інформаційних та експертних функцій. Зокрема, це отримання інформації від посадових осіб та організації, підготовка запитів і звітів, інформування громадян про забезпечення рівних прав і можливостей жінок та чоловіків, право ініціювати створення експертних груп і скликати засідання, а також брати участь у засіданнях Кабінету Міністрів та інших урядових структур із правом дорадчого голосу (Постанова КМУ № 390 2017) [16].

Згідно з останньою доповіддю Світового економічного форуму Україна посідає 59 місце серед 153 країн світу, охоплених цим дослідженням, за ознакою гендерної нерівності. Така ситуація вказує про значну нерівність, яка є у нашій країні і яку важливо виправляти вже сьогодні.

Саме тому у 2020 р. Україна приєдналася до міжнародної ініціативи «Партнерство Біарриц», що об'єднує зусилля різних країн для досягнення, утвердження та забезпечення рівності прав жінок і чоловіків [17].

Україна визначила для себе 5 рівноцінних напрямів роботи, першим із яких є зменшення розриву в оплаті праці жінок і чоловіків. Сьогодні середній розрив в оплаті праці жінок і чоловіків в Україні, за даними Міністерства соціальної політики, становить 22%. Жінки займають нижчі посади, ніж чоловіки, представлені у менш оплачуваних секторах економіки, зокрема можна виокремити бюджетну сферу. Тому важливим кроком у виконанні зобов'язання щодо зменшення розриву в оплаті праці жінок і чоловіків для України стало приєднання у 2020 р. до Міжнародної коаліції за рівну оплату праці (EPIC). Міністерство розви-

тку економіки, торгівлі та сільського господарства почало розробку Національної стратегії зі зменшення гендерного розриву в оплаті праці на період до 2023 р.

Другим напрямом зазначається розвиток безбар'єрного публічного простору. На реалізацію цього напряму було підписано Меморандум про розбудову безбар'єрного простору та розпочато роботу над Альбомом безбар'єрних рішень. Крім того, Президент України підписав Указ, яким передбачено розробку Національної стратегії зі створення безбар'єрного простору в Україні [18].

Третім напрямом Україна визначила «забезпечення рівних можливостей для матері та батька щодо декрету» шляхом реформування законодавства у цій сфері. Для його виконання Верховна Рада 1 грудня 2020 р. вже у першому читанні підтримала законопроєкт, який дає чоловікові право після народження дитини взяти 14-денну оплачувану відпустку з догляду за нею й урівнює права чоловіків і жінок на батьківство. Така зміна стане першим важливим законодавчим кроком для розвитку батьківства в Україні, що дасть змогу поєднувати трудову діяльність із сімейними обов'язками для жінок і чоловіків.

Протидію домашньому та гендерно зумовленому насильству визначено четвертим напрямом діяльності в межах такого партнерства. Зокрема, в Україні було запущено урядову «гарячу лінію» із протидії домашньому насильству – 15–47 (яка працює цілодобово); створено дев'ять притулків для постраждалих від домашнього насильства; на 2021 р. затверджено нову субвенцію з державного бюджету в розмірі 275 млн грн для розширення мережі спеціалізованих служб підтримки постраждалих осіб. Крім того, Президент у 2020 р. підписав указ щодо невідкладних заходів із запобігання та протидії домашньому насильству.

Останнім п'ятим напрямом роботи є забезпечення комплексного інтегрування принципів гендерної рівності в освіті, для чого необхідно розробити та затвердити Стратегію впровадження гендерної рівності у сфері освіти до 2030 р., а також план заходів із реалізації стратегії.

Висновки. Отже, досягнення гендерної рівності є важливою складовою частиною стратегії розвитку, котра має покращити рівень життя як жінок, так і чоловіків. Незважаючи на швидкі темпи розвитку гендерного законодавства та значний прогрес у питаннях гендерної рівності, в Україні залишаються значні гендерні дисбаланси у доступі до ресурсів у багатьох сферах. Вважаємо, що проблема гендерної нерівності та дискримінації не може бути вирішена лише імплементацією норм права Європейського Союзу з цього питання або ж створенням власного законодавства. Система цих норм навряд чи спрацює без ефективної системи контролю за їх виконанням.

Для вирішення такої проблеми суспільство потребує соціальних змін у своїй свідомості й об'єктивного бачення проблеми. Слід уникати ймовірності створення гендерної нерівності у сферах політики, освіти, економіки, тобто у тих проблемних сферах, де зберігаються чіткі або приховані форми дискримінації. Цього принципу саме в об'єктивному сенсі держава може досягти шляхом створення державного механізму, який передбачатиме певну систему державних органів щодо здійснення спеціальних заходів, спрямованих на досягнення реальної, очевидної рівності прав і можливостей чоловіків і жінок, вирівнюючи їхній соціальний статус.

ЛІТЕРАТУРА

1. A Roadmap for Equality between Women and Men 2006–2010. Luxembourg : Office for Official Publications, 2006. 38 p.
2. Гендерна рівність і розвиток: погляд у контексті європейської стратегії України: доп. / Центр Разумкова. Київ : Заповіт, 2016. 244 с. URL: <http://razumkov.org.ua/upload/GenderFINALS.pdf>.
3. Treaty of Amsterdam amending the Treaty on European Union, the treaties establishing the European Communities and certain related acts: Amsterdam on 2 October 1997 / European Union. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1997. 144 p.
4. Treaties establishing the European Communities. Treaties amending these Treaties. Single European Act: resolutions, declarations / European Parliament. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1987. 693 p.

5. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод: від 4 листоп. 1950 р. (зі змінами та допов., внесеними протоколами № 11 від 11.05.1994 р., № 14 від 13.05.2004 р.). *Законодавство України : інформ. пошук. система / Верхов. Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004.
6. Итоговая декларация Второго саммита Совета Европы (вместе с Планом действий второго саммита Совета Европы): принята в г. Страсбурге 11 окт. 1997 г. *Conventions.ru: сайт по междунар. праву*. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?.
7. Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (Стамбульська конвенція): довід. для членів парламенту. Київ : К.І.С., 2013. 104 с. URL: <https://rm.coe.int/1680096e45>.
8. Charter of Fundamental Rights of the European Union: proclaimed on 7 December 2000. EURLex. URL: <http://eurlex.europa.eu/legal>.
9. European Commission. Gender Equality Law in the European Union. Luxembourg : Office for Official Publications, 2007. 8 p.
10. Council of Europe. Balanced participation of women and men in political and public decisionmaking. 2003. URL: <https://rm.coe.int/1680519084> (Accessed 29 Oct 2019).
11. Стратегія гендерної рівності Ради Європи на 2018–2023 рр. URL: <https://rm.coe.int/prems-041318-gbr-gender-equality-strategy-2023-ukr-new2/16808b35a4>.
12. Про забезпечення рівних прав і можливостей жінок і чоловіків : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2005. № 52. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/2866-IV>.
13. Про засади запобігання та протидії дискримінації в Україні : Закон України. *Відомості Верховної Ради України*. 2013. № 32. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5207-17#Text>.
14. Гендерна політика в нормативно-правових документах. Ч. 1. / за заг. ред. Левченко К.Б. / Г.Г. Жуковська, К.Б. Левченко, О.О. Остапенко, О.І. Суслва. Київ, 2020. 186 с.
15. Основоположна резолюція «Жінки, Мир, Безпека». Офіс спеціального радника з гендерних питань та розвитку можливостей жінок (OSAGI). URL: <http://www.un.org/womenwatch/osagi/wps>.
16. Постанова Кабінету Міністрів України № 390 «Про Урядового уповноваженого з питань гендерної політики» від 7 липня 2017 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/390-2017-п>.
17. Розпорядження Кабінету Міністрів України № 1578-р «Про затвердження плану заходів з реалізації зобов'язань Уряду України, взятих в рамках міжнародної ініціативи "Партнерство Біарріц" з утвердження гендерної рівності» від 16 грудня 2020. р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1578-2020-%D1%80#Text>
18. Указ Президента України № 533/2020 «Про забезпечення створення безбар'єрного простору в Україні» від 3 грудня 2020 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/533/2020#Text>.

ПРАВО НА ДОСТУП ДО СУДУ В ІНТЕРПРЕТАЦІЇ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

THE RIGHT OF ACCESS TO COURT IN INTERPRETATION OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Светлічна С.Ю., студентка I курсу магістратури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Право на доступ до суду є невід'ємною складовою частиною справедливого судового розгляду, який має бути достатньо гарантованим для забезпечення верховенства права в демократичному суспільстві.

Статтю присвячено дослідженню права на доступ до суду в інтерпретації Європейського суду з прав людини. Особливу увагу приділено співвідношенню права на доступ до суду із правом на справедливий судовий розгляд, гарантованим статтею 6 Європейської конвенції про захист прав людини й основоположних свобод. Хоча право на доступ до суду прямо не визначене Конвенцією про захист прав людини й основоположних свобод, у практиці Європейського суду з прав людини воно вперше знайшло своє відображення у справі «Голдер проти Сполученого Королівства» (*Golder v. the United Kingdom*). Шляхом використання змістовного підходу проаналізовано такі основні складники права на доступ до суду, як змога подати позов та отримати судові рішення щодо нього, остаточність судового рішення та вчасне його виконання. У статті розглядаються інституційні вимоги до суду з позиції його автономного тлумачення.

Регулювання доступу до суду належить до компетенції держав і може бути обмежене, однак такі обмеження мають бути передбачені національним законодавством. З огляду на те, що право на доступ до суду не є абсолютним, Європейський суд із прав людини, оцінюючи порушення цього права Високими Договірними Сторонами, застосовує принцип пропорційності з метою визначення того, чи застосовані обмеження не зменшили для заявника можливості доступу до суду та не ускладнили йому цей доступ таким чином і такою мірою, щоб завдати шкоди самій суті права, чи існувала легітимна мета, чи була дотримана розумна пропорційність між застосованими засобами і легітимною метою.

Ключові слова: Європейський суд із прав людини, право на доступ до суду, право на справедливий суд, доступ до правосуддя, Європейська конвенція про захист прав людини й основоположних свобод.

The right to access to court is an integral part of a fair trial and should be sufficiently guaranteed to ensure the rule of law in a democratic society.

The article is devoted to the study of the right to access to the court in the interpretation of the European Court of Human Rights. Particular attention is paid to the interrelation of the right to access to the court with the right to a fair trial, guaranteed by Article 6 of the European Convention on Human Rights, and access to justice. Although the access to the court is not expressly defined in the European Convention on Human Rights, in the practice of the European Court of Human Rights, as a source and conclusive proof of interpretation of its norms, it was first reflected in the case of *Golder v. the United Kingdom*. By using a substantive approach, there are analyzed such main components of the right to access to the court as the right to have a claim before a court and obtain a judgement, the finality of the court decision and its timely enforcing. The article considers institutional requirements to the court from the position of autonomous interpretation.

Regulation of access to the court falls within the competence of states and may be limited, but such restrictions should be provided in the national law. Taking into account the fact that the right to access to the court is not absolute, the European Court of Human Rights, assessing the violation of this right by the High Contracting Parties, applies the principle of proportionality in order to determine whether the limitations applied restrict the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired; whether there is a legitimate aim and if there is a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.

Key words: European Court of Human Rights, right to access to court, right to a fair trial, access to justice, European Convention on Human Rights.

Насамперед вважаємо за необхідне визначити співвідношення права на доступ до суду з правом на справедливий судовий розгляд та доступом до правосуддя.

У науковій літературі прийнято вважати, що найзагальнішим поняттям є доступ до правосуддя. Проблема доступності правосуддя розпочали досліджувати в Європі в межах руху «Доступ до правосуддя», який виник у 60-х рр. XX ст. Початок цьому руху поклала фундаментальна публікація за редакцією М. Капеллетті й Б. Гарта «Access to Justice: The Newest Wave in the World Movement to Make Rights Effective» (1978 р.) [1].

Автори звернули увагу на те, що під час формування концепції доступу до правосуддя у буржуазних країнах XVIII–XIX ст. основною ідеєю було забезпечення формального права звернутися до суду. Тоді вважалося, що, оскільки право на доступ до суду є природним правом людини, воно не потребує позитивних дій держави для його захисту. Держава не турбувалася про звільнення від юридичної бідності – нездатності багатьох людей повною мірою користатися можливостями права та правових інституцій. З часом стало зрозуміло, що є багато факторів, які впливають на реальність існування ефективної юридичної системи, і виникає необхідність практичного, ефективного доступу до правосуддя. М. Капеллетті та Б. Гарт довели, що ефективний доступ до правосуддя

досяжний, якщо для сторін створюються умови повної «рівності інструментів», тобто коли кінцевий результат залежить тільки від юридичних переваг тієї чи іншої позиції сторін у справі і не пов'язується з відмінностями, які є тут побічними [2, с. 31–32].

Як зауважує Н.Ю. Сакара, досліджуючи історичний розвиток цієї проблеми в межах руху «Доступ до правосуддя», недоступність правосуддя пов'язувалась, по-перше, з перешкодами матеріального характеру, які не дають змогу бідним верствам населення звернутися за захистом своїх прав до суду (високі судові витрати, неможливість звернення за допомогою до адвоката тощо), по-друге, з відсутністю спеціальних процедур, які б давали змогу ефективно захищати права та інтереси не окремої особи, а певної групи, колективу, яких неможливо персоніфікувати на момент порушення справи в суді, по-третє, зі складністю, дорожнечою судочинства та дуже повільним розглядом справ у судах, необхідністю спрощення цивільного судочинства, введення спеціальних альтернативних процедур для вирішення певних категорій справ [3, с. 14].

Норми міжнародного права також зобов'язують держави гарантувати право кожної особи на звернення до суду (або за певних обставин до альтернативного органу вирішення спорів) із метою отримання юридичного захисту, якщо права особи були порушені. Право на доступ до

правосуддя в межах Конвенції про захист прав людини й основоположних свобод (далі – Конвенція, ЄКПЛ) охоплює право на справедливий судовий розгляд згідно зі ст. 6 і право на ефективний засіб юридичного захисту, що передбачене ст. 13.

Доступ до правосуддя дає змогу особам захистити себе від порушення їх прав, відшкодувати шкоду, забезпечити відповідальність виконавчої влади та здійснювати свій захист у кримінальних справах. Це важливий елемент верховенства права, що наскрізно присутній у різних галузях права. Науковці зазначають, що доступ до правосуддя є як процесом, так і метою та має вирішальне значення для осіб, які прагнуть скористатися іншими процесуальними і матеріальними правами [4, с. 16], з чим не можна не погодитися.

Отже, у складі права на доступ до правосуддя як елемента верховенства права існує такий компонент, як право на справедливий судовий розгляд.

На нашу думку, у світлі Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод передбачене ст. 6 право на справедливий суд (*right to a fair trial*) є синонімом до права на справедливий судовий розгляд. Право на доступ до суду прямо не закріплене у ст. 6 ЄКПЛ, а походить завдяки її еволюційному тлумаченню у практиці Європейського суду з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ). Під час вирішення справи «Голдер проти Сполученого Королівства» (*Golder v. the United Kingdom*) від 21 січня 1975 р. ЄСПЛ вперше дійшов висновку, що сама конструкція ст. 6 Конвенції була б безглуздою та неефективною, якби вона не захищала право на те, що справа взагалі буде розглядатися. У рішенні за наслідками розгляду цієї справи ЄСПЛ закріпив правило про те, що п. 1 ст. 6 Конвенції містить невід’ємне право особи на доступ до суду.

Європейський суд із прав людини у своїй прецедентній практиці неодноразово встановлював, що п. 1 ст. 6 гарантує кожному право подавати до суду позов, що стосується його цивільних прав та обов’язків. Таким чином, «право на суд», з якого випливає право доступу до суду, тобто право порушувати провадження в суді в цивільних справах, становить лише один аспект; однак це є той аспект, який дійсно робить можливим використання подальших гарантій, закладених у п. 1 ст. 6. Такі характеристики судового провадження, як справедливість, відкритість та невідкладність, насправді не мають жодної цінності, якщо таке провадження передусім не порушено. І в цивільних справах навряд чи можна уявити верховенство права без змоги мати доступ до суду [5].

Щоб право на доступ до суду було «практичним та ефективним», а не «теоретичним чи ілюзорним» [6], ЄСПЛ розробив такі структурні елементи: доступ до суду через можливість подати позов та отримати судові рішення щодо нього; остаточність судових рішень; вчасне виконання остаточних рішень суду.

По-перше, п. 1 ст. 6 гарантує кожному право на звернення до суду з позовом щодо його прав та обов’язків [7].

Як зазначає Т.А. Цувіна, від самого початку право на доступ до суду розглядалося як право ініціювати розгляд справи в суді, і, відповідно, його порушенням визнавалися ситуації, які унеможливили такі розгляд або перегляд справи, зокрема, якщо справа не могла бути розглянута через виключення певних справ з юрисдикції суду, неможливість порушення справи через відсутність коштів для сплати судового збору, неможливість порушити провадження у справі через складність процедури й відсутність безоплатної правової допомоги тощо. Водночас далі зазначене право стали тлумачити не тільки як змогу порушити справу в суді, а і як право на розгляд справи, відповідно до чого порушенням права на доступ до суду визнавалися випадки, коли особа, провадження в справі якої було відкрито, не могла домогтися фактичного розгляду такої справи й ухвалення рішення [8, с. 60–61].

По-друге, розгляд справи має завершитись винесенням остаточного і обов’язкового для виконання судового рішення. У справі *Brumărescu v. Romania* ЄСПЛ визнав, що право на справедливий розгляд, гарантоване п. 1 ст. 6 Конвенції, має тлумачитися у світлі Преамбули до Конвенції, яка проголошує, між іншим, верховенство права як частину спільної спадщини Договірних Сторін. Одним з основних аспектів верховенства права є принцип правової певності, який вимагає, *inter alia*, щоб у випадках, коли суди винесли остаточне рішення з якогось питання, їхнє рішення не підлягало сумніву [9].

По-третє, остаточне судові рішення має бути вчасно виконаним. У справі *Hornsby v. Greece* ЄСПЛ визнав, що право на доступ до суду було б ілюзорним, якби правова система Договірної держави допускала, щоб остаточне судові рішення, яке має обов’язкову силу, не виконувалося на шкоду одній із сторін. Важко собі навіть уявити, щоб ст. 6 детально описувала процесуальні гарантії, які надаються сторонам у спорі, і водночас не передбачала виконання судових рішень. Якщо вбачати у ст. 6 тільки проголошення доступу до судового органу та права на судові провадження, то це могло б породжувати ситуації, що суперечать принципу верховенства права, який Договірні держави зобов’язалися поважати, ратифікуючи Конвенцію [10]. У зазначеній справі ЄСПЛ визнав порушення ст. 6 ЄКПЛ з огляду на те, що, ухилившись понад п’ять років від вжиття необхідних заходів для виконання остаточного і обов’язкового судового рішення, грецькі державні органи позбавили положення п. 1 ст. 6 Конвенції його корисної дії.

Європейський суд із прав людини займає позицію, згідно з якою органи державної влади не можуть довільно посылатися на відсутність коштів як на виправдання невиконання судових рішень, водночас за виняткових обставин може бути виправдана затримка у виконанні рішень, проте вона не має бути такою, що позбавляє сутності право, яке захищається п. 1 ст. 6 Конвенції [11].

Варто зазначити, що ЄСПЛ розуміє поняття «суд» не тільки як державну інституцію в класичному розумінні, а виходить із власного автономного тлумачення незалежно від того, яке розуміння покладено в таке поняття в національних правопорядках.

Згідно з п. 1 ст. 6 ЄКПЛ суд, що розглядає справу, має бути створеним відповідно до закону. Термін «закон» у розумінні п. 1 ст. 6 охоплює, зокрема, законодавство, що регулює встановлення і компетенцію судових органів, а також будь-яке інше положення національного законодавства, яке в разі його порушення призведе до незаконності участі одного або кількох суддів у розгляді справи (рішення у справі «Горгіладзе проти Грузії» (*Gorgiladze v. Georgia*) від 20 жовтня 2009 р.). Вираз «створений відповідно до закону» охоплює не тільки правову підставу самого існування «суду», а й виконання «судом» конкретних правил, які регулюють його діяльність, і визначення складу суду в кожному випадку. Тому право на суд, створений відповідно до закону, як структурний елемент права на справедливий суд, що передбачене ст. 6 ЄКПЛ, має дві складові частини: організаційну (організація судової системи має регулюватися законами в їх буквальному значенні) та юрисдикційну (суд має діяти у спосіб та відповідно до повноважень, передбачених законом, у межах своєї компетенції) [12, с. 167].

Суд або трибунал визначається практикою ЄСПЛ у субстантивному (змістовному) сенсі за судовими функціями, які визначені його компетенцією на основі норм права, та шляхом здійснення провадження в передбаченому законом порядку. «Суд, встановлений законом» також має відповідати вимогам незалежності, зокрема, від виконавчої влади, неупередженості, тривалості строків перебування на посаді, гарантіям, що забезпечуються судовою процедурою, зокрема тим, які втілені у п. 1 ст. 6 ЄКПЛ [13].

У рішенні *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* ЄСПЛ уточнив сферу застосування та значення, яке слід надати поняттю «суд, встановлений законом», і проаналізував його взаємозв'язок з іншими інституційними вимогами, зокрема, з незалежністю та неупередженістю. ЄСПЛ визначив порядок тлумачення кожної складової частини поняття «суд, встановлений законом».

«Суд», окрім того, що характеризується у змістовному значенні за судовими функціями і має відповідати, зокрема, вимогам незалежності, неупередженості, терміну перебування суддів на посаді тощо, має складатись із суддів, обраних на підставі їхніх професійних якостей, тобто таких суддів, які відповідають вимогам технічної компетентності та моральної доброчесності з метою здійснення правосуддя в державі, в якій діє принцип верховенства права. На думку ЄСПЛ, такий добір не тільки забезпечує спроможність судового органу у відправленні правосуддя, але й має вирішальне значення з позиції забезпечення довіри суспільства до судової влади та слугує додатковою гарантією особистої незалежності суддів.

Розглядаючи термін «встановлений», Велика Палата ЄСПЛ підкреслила, що згідно з прецедентною практикою Суду фраза «встановлений законом» охоплює не тільки правову основу самого існування судового органу, але і відповідність конкретним нормам, які регулюють його діяльність та склад суду в кожному конкретному випадку.

Крім того, складова частина поняття «законом» призначена для з'ясування того, чи мав суд, який розглядає справу, нормативну основу в національному праві та чи відповідали вимоги, які висуваються національним правом, конституції та функціонуванню цього суду.

З урахуванням наведеного Велика Палата ЄСПЛ розробила трискладовий тест, що має застосовуватися з метою оцінки того, чи було порушено право на «суд, встановлений законом», з огляду на об'єкт та мету цього поняття.

- i. Чи було явне порушення національного законодавства (що регулює призначення суддів)?
- ii. Чи стосуються порушення національного законодавства основоположних норм, що регулюють процедуру призначення суддів?
- iii. Чи були ефективно розглянуті скарги, які стосуються права на «суд, встановлений законом», національними судами та усунені відповідні порушення?

Тобто в принципі має бути явне порушення національного законодавства у процедурі призначення суддів. Однак його відсутність не виключає порушення, оскільки процедура, яка здавалася б відповідною вимогам, може привести до результатів, несумісних із вищезазначеними об'єктом та метою.

Крім того, лише ті порушення, які стосуються основоположних норм у процедурі призначення суддів, скоріше за все призведуть до порушення: наприклад, призначення суддею особи, яка не відповідає певним критеріям добору, або порушень, які можуть іншим чином поставити під загрозу мету та дію вимоги «встановленого законом». Таким чином, порушення суто технічного характеру не перевищують встановленого порогу.

Варто зауважити, що перегляд національними судами правових наслідків порушення національних норм, які регулюють призначення суддів, має бути проведений на основі відповідних стандартів Конвенції. Зокрема, необхідно забезпечити справедливий та пропорційний баланс для визначення того, чи була наявна нагальна потреба істотного та імперативного характеру, що виправдовувала відступ від принципів правової визначеності та незмінності суддів залежно від конкретних обставин справи [14].

Також у контексті п. 1 ст. 6 розгляд справи має забезпечувати «визначення судом проблем у спорі» [15]. Суд не обов'язково має бути судом загальної юрисдикції за стандартним механізмом судочинства в державі, а може бути призначений для вирішення справ, що розглядаються поза межами звичайної судової системи [16].

Прикладом визнання судом несудових у класичному розумінні органів може слугувати справа «Компанія «Регент» проти України», в котрій ЄСПЛ встановив, що слово «суд» у п. 1 ст. 6 Конвенції не обов'язково має розумітися як суд класичного виду, інтегрований у стандартну судову систему держави, і вважав, що МКА при Торгово-промисловій палаті України був «судом, встановленим законом», що діяв відповідно до Закону України «Про Міжнародний комерційний арбітраж» від 1994 року, а також внутрішніх процесуальних правил [17]. ЄСПЛ неодноразово визнавав судами в контексті ст. 6 Конвенції національні конституційні суди (*Croatian Golf Federation v. Croatia*; *Polyakh and Others v. Ukraine*, *Ruiz-Mateos v. Spain* тощо).

Заради реалізації права на доступ до суду суд має відповідати таким інституційним вимогам, як незалежність і безсторонність. ЄСПЛ у своїй практиці розробив такі критерії незалежного суду: спосіб призначення, тривалість мандату його членів, існування захисту від зовнішнього тиску, наявність чи відсутність видимості незалежності [18]. Суд має бути незалежним від органів законодавчої і виконавчої влади [19], а також від сторін [20].

Безсторонність (неупередженість) як інституційна вимога до суду означає відсутність упередження або наперед встановленої думки і може оцінюватись за суб'єктивним та об'єктивним критерієм: суб'єктивний критерій передбачає встановлення наявності або відсутності переконання чи особистого інтересу судді в певній справі, а об'єктивний – існування достатніх гарантій, що виключають будь-які правомірні сумніви щодо безсторонності [21].

Право на доступ до суду не є абсолютним і може бути обмежене в передбаченому законом порядку, адже воно за своєю природою потребує регулювання державою.

У таких випадках ЄСПЛ застосовує тест на пропорційність для переконання у тому, що застосовані обмеження не зменшили для заявника можливості доступу до суду та не ускладнили йому цей доступ таким чином і такою мірою, щоб завдати шкоди самій суті цього права. У цьому контексті ЄСПЛ займає позицію, відповідно до якої обмеження в доступі до суду має переслідувати законну мету, має існувати розумна пропорційність між застосованими засобами і легітимною метою [6].

Отже, право на доступ до суду як невід'ємний аспект права на справедливий судовий розгляд є багатограним і сформульованим у практиці Європейського суду з прав людини. Воно має бути «практичним та ефективним», а не «теоретичним чи ілюзорним», має розглядатися крізь призму інституційних вимог.

На підставі аналізу положень Закону України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» № 3477-IV в редакції від 02.12.2012 р. можна зробити висновок, що в Україні Конвенцію та практику Європейського суду з прав людини як джерело права застосовують суди в процесі розгляду справ, а також Орган представництва – у сфері законодавства, а міністерства, інші центральні органи виконавчої влади забезпечують систематичний контроль за додержанням у рамках відомчого підпорядкування адміністративної практики, що відповідає Конвенції та практиці Суду. Як бачимо, сфера дії цього закону не поширюється на всі органи, які можуть вважатися «судом, встановленим законом» у розумінні Європейського суду з прав людини, як, наприклад, на Вищу раду правосуддя, яка є колегіальним, незалежним конституційним органом державної влади та суддівського врядування.

Проблема неузгодженості сфери застосування Конвенції та практики ЄСПЛ у національному правопорядку зі сферою поширення Європейським судом із прав людини п. 1 ст. 6 створює потенційну можливість звернення особи в разі порушення її права на доступ до суду і справедли-

вого судового розгляду адміністративним або іншим органом, який визнається судом у практиці ЄСПЛ. З огляду на це вважаємо доречним врегулювання зазначеної колізії на законодавчому рівні.

Право на доступ до суду належить до категорії неабсолютних прав і може бути обмеженим, якщо такі обмеження відповідають принципу і тесту на пропорційність, розробленим ЄСПЛ.

ЛІТЕРАТУРА

1. Bryant G. Garth, Mauro Cappelletti. Access to Justice: The Newest Wave in the Worldwide Movement to Make Rights Effective. URL: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2140&context=facpub> (дата звернення: 19.03.2021).
2. Харитоновна О.В. Domestic violence and women's access to justice: legal barriers. Herald of the Association of Criminal Law of Ukraine. 2020. Vol. 1, no. 13. P. 29–60. URL: <https://doi.org/10.21564/2311-9640.2020.13.204746> (date of access: 19.03.2021).
3. Сакара Н.Ю. Проблема доступності правосуддя у цивільних справах : монографія. Харків : Право, 2010. 256 с. URL: http://library.nlu.edu.ua/POLN_TEXT/MONOGRAFIJ_2010/Sakara_2010.pdf (дата звернення: 19.03.2021)
4. FRA, Посібник з європейського права з питань доступу до правосуддя (Publications Office of the EU 2016). URL: https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_access_justice_UKR.pdf (дата звернення: 19.03.2021)
5. Golder v. United Kingdom. № 4451/70. 21 February 1975. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57496>.
6. Zubac v. Croatia. № 40160/12. 5 April 2018. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20ZUBAC%20v.%20CROATIA"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-181821"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
7. Roche v. the United Kingdom. № 32555/96. 19 October 2005. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["Roche%20v.%20the%20United%20Kingdom"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-70662"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
8. Цувіна Т. Право на доступ до суду: підхід ЄСПЛ. Entrepreneurship, *Economy and Law*. 2020. № 4. С. 60–69. URL: <https://doi.org/10.32849/2663-5313/2020.4.10> (дата звернення: 20.03.2021).
9. Brumărescu v. Romania. №28342/95. 28 October 1999. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["BRUMĂRESCU%20v.%20ROMANIA"\],"languageisocode":\["ENG"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-58337"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
10. Hornsby v. Greece. № 18357/91. 19 March 1997. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/980_079#top
11. Romashov v. Ukraine. № 67534/01. 27 July 2004. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"fulltext":\["CASE%20OF%20ROMASHOV%20v.%20UKRAINE"\],"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\],"itemid":\["001-61946"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
12. Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : компендіум / О.В. Сердюк, Ю.В. Щокін, І.В. Яковюк та ін. Харків : Право, 2017. 374 с.
13. Cyprus v. Turkey. № 25781/94. 10 May 2001. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-59454"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
14. Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland. № 26374/18. 1 December 2020. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-206582"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
15. Benthem v. the Netherlands. № 8848/80. 23 October 1985. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57436"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
16. Rolf Gustafson v. Sweden. № 23196/94. 1 July 1997. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58051"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
17. Компанія «Регент» проти України. № 773/03. 3 квітня 2008 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_426#Text
18. Findlay v. the United Kingdom. № 22107/93. 25 February 1997. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-58016"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
19. Beaumartin v. France. № 15287/89. 24 November 1994. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57898"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
20. Sramek v. Austria. № 8790/79. 22 October 1984. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-57581"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)
21. Kyrianiou v. Cyprus. № 73797/01. 15 December 2005. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-71671"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{)

ВЗАЄМОДІЯ ЄСПЛ ТА СУДУ СПРАВЕДЛИВОСТІ В КОНТЕКСТІ ЗАХИСТУ ПРАВ ЛЮДИНИ

COOPERATION BETWEEN THE HUDOC AND THE COURT OF JUSTICE IN THE CONTEXT OF HUMAN RIGHTS PROTECTION

Сердюк А.О., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Федчишина Ю.В., студентка I курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Останні світові тенденції розвитку сучасного права базуються на повазі до прав людини. Своєю чергою це вимагає створення відповідних інструментів, їх ефективної імплементації, залучення громадянського суспільства до процесів розвитку та захисту прав людини тощо. Захист прав людини, безперечно, пов'язаний із процесом конституціоналізації права, оскільки гарантії захисту прав людини є невід'ємною вимогою для конституційного статусу норми.

У статті досліджено особливості механізму захисту прав людини в межах Європейського Союзу. Європейська система захисту прав людини є однією з найефективніших регіональних систем захисту у світі. Характерною особливістю є функціонування двох незалежних контрольних механізмів у рамках Європейського Союзу та Ради Європи, Суду Справедливості ЄС та Європейського Суду з прав людини відповідно. Дуалізм функціонування цих судових органів є наслідком існування двох міжнародних документів: Європейської конвенції з прав людини та Хартії основних прав Європейського Союзу.

Проведено порівняльний аналіз процедури звернення до обох судових установ, а також особливостей прийняття, розгляду заяв та деякі спеціальні процедури розгляду справ у Суді ЄС та ЄСПЛ. Досліджено співвідношення наднаціональних судових установ із національними судовими органами.

Окремо розглянуто питання розмежування компетенції Суду Справедливості та ЄСПЛ. Окрім загальнообов'язковості норм, передбачених Хартією ЄС, Лісабонським договором визначено обов'язок ЄС приєднатися до ЄКПЛ. Це спричиняє неоднозначність у формуванні судової практики у сфері гарантування та захисту прав людини, оскільки Хартія передбачає і гарантує такі ж права, як і ЄКПЛ, а також має визначати зміст цих прав відповідно до практики ЄСПЛ. З огляду на дію принципу верховенства права ЄС, норми ЄКПЛ та практика ЄСПЛ мають швидше факультативний характер, адже на практиці Суд Справедливості у деяких своїх рішеннях формує юридичні позиції, які суперечать практиці Європейського суду з прав людини. У цьому вбачається одна із причин тривалого процесу приєднання Європейського Союзу як самостійного суб'єкта до Європейської Конвенції з прав людини.

Ключові слова: міжнародне право, Суд Справедливості, Європейський суд із прав людини, судовий захист, захист прав людини.

Recent global trends in modern law are based on respect for human rights. In turn, it requires the creation of appropriate tools, their effective implementation, the involvement of civil society in the development and protection of human rights, and so on. The protection of human rights is connected with the process of constitutionalization of law, because the guarantees of human rights protection are an integral requirement for the constitutional status of a norm.

In the article we examine the features of the mechanism of human rights protection within the European Union. The European system of human rights protection is one of the most effective regional protection systems in the world. A specific feature is the functioning of two independent control mechanisms within the European Union and the Council of Europe, the Court of Justice of the EU and the European Court of Human Rights, respectively. The dual functioning of these judicial bodies is a consequence of the existence of two international instruments: the European Convention on Human Rights and the Charter of Fundamental Rights of the European Union.

We conducted a comparative analysis of the procedure for applying to both courts, as well as the features of the reception, consideration of applications and some special procedures for consideration of cases in the Court of Justice of the EU and the HUDOC. We investigated the relationship of supranational judicial institutions with national judicial bodies.

We have considered separately the issue of delimitation of the jurisdiction of the Court of Justice and the HUDOC. In addition to the universality of the provisions of the EU Charter, the Lisbon Treaty defines the obligation of the EU to accede to the ECHR. This creates ambiguity in the formation of judicial practice in the field of guaranteeing and protecting human rights, because the Charter provides for and guarantees the same rights as the HUDOC, and it must determine the content of these rights in accordance with the judicial practice of the HUDOC. Taking into account the principle the EU rule of law, ECHR rules and ECHR practice are rather optional, because in practice the Court of Justice in some of its decisions creates legal positions that conflict with the judicial practice of the HUDOC. This is one of the reasons for the long process of accession of the European Union as an independent subject to the European Convention on Human Rights.

Key words: international law, Court of Justice, European Court of Human Rights, judicial protection, protection of human rights.

Постановка проблеми. Нині більшість європейських країн є одночасно членами двох великих міжнародних утворень – Ради Європи та Європейського Союзу. Серед національних, міжнародних та наднаціональних інструментів захисту прав людини, які можуть використовуватися їх громадянами, найважливіше місце посідають Європейський суд із прав людини (далі – ЄСПЛ), створений у 1959 році відповідно до Європейської Конвенції про захист прав людини та основних свобод (далі – ЄКПЛ), та Суд Справедливості Європейських Співтовариств, що працює з 1952 року відповідно до Договору про створення Європейського співтовариства. Перший із них було засновано як контролюючий механізм за дотриманням Кон-

венції – на певному етапі її підписання це стало необхідною умовою для вступу до Ради Європи, – і його місією є захист прав людини, завдання ж другого з моменту створення полягало в підтримці процесу економічної інтеграції серед держав-учасниць Європейських Співтовариств.

У процесі дослідження правових засад діяльності двох, на перший погляд, схожих судових органів, постало питання в розмежуванні їхньої компетенції, оскільки вона може збігатися під час розгляду певних категорій справ, а також стосовно доцільності встановлення відмінностей у функціонуванні аналізованих наднаціональних судів.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Сфера захисту прав людини, існування режимів їх захисту доволі широко

досліджено в працях як українських науковців (П. Рабіновича, С. Шевчука, С. Головатого, О. Марцеляка, М. Савчина, М. Гнатівського, О. Базова, Т. Комарової, О. Поліванової та інших), так і представників іноземних правничих шкіл (Д. Віткаускаса, Ж. Жерард, Ж.-Фр. Реннучі, Д. Шпільмана, Ф. Воленшлягера, М. Манукяна та інших).

Формулювання цілей статті (постановка завдання).

За мету поставлено дослідження особливостей судового захисту конституційних прав і свобод у межах Європейської системи, зокрема в частині функціонування Європейського суду з прав людини й Суду Європейського Союзу.

Для досягнення поставленої мети необхідно виконати такі основні завдання: виявити особливості функціонування системи захисту прав людини за європейським виміром, здійснити аналіз правової природи судового захисту Суду ЄС у контексті захисту прав людини, правової природи судового захисту ЄСПЛ у контексті захисту прав людини, а також дослідити відмінності в юрисдикціях цих органів у сфері захисту прав людини.

Виклад основного матеріалу. Європейський Союз (далі – ЄС) та Рада Європи (далі – РЕ) є двома найбільш впливовими формуваннями, основна мета яких – ефективна міжнародна інтеграція.

Аналізуючи відмінності між Судом ЄС та ЄСПЛ, насамперед варто звернути увагу на процедуру звернення. По-перше, суб'єктами звернення до Суду ЄС є держави-учасниці, інституції, фізичні та юридичні особи. Цікаво, що фізичні та юридичні особи належать до непривілейованих позивачів і можуть брати участь у процесі проти фізичних або юридичних осіб, а також інституцій. Позов проти держави фізичні та юридичні особи подати не можуть.

У ст.ст. 33, 34 ЄКПЛ визначено: «Будь-яка Висока Договірна Сторона може передати на розгляд Суду питання про будь-яке порушення положень Конвенції та протоколів до неї, яке допущене, на її думку, іншою Високою Договірною Стороною. Суд може приймати заяви від будь-якої особи, неурядової організації або групи осіб, які вважають себе потерпілими від допущеного однією з Високих Договірних Сторін порушення прав» [1]. Таким чином, ЄСПЛ уповноважений розглядати міждержавні спори, а також індивідуальні заяви фізичних осіб, групи фізичних осіб, а також неурядових організацій проти держав-учасниць Конвенції, на відміну від Суду ЄС.

По-друге, є відмінність у співвідношенні Суду ЄС та ЄСПЛ із національними судовими органами. Хоча національні суди не входять до судової системи Європейського Союзу, але ієрархічність у певних випадках зберігається. Зокрема, у ст. 267 ДФЄС передбачена процедура преюдиціального звернення національних судів до Суду Справедливості. Ця процедура покликана забезпечити однакове застосування та тлумачення положень законодавства. Зазвичай фізичні або юридичні особи прямо не можуть звернутися до Суду ЄС із відповідним зверненням, але таке право національних судів можна застосувати і у справах із приводу захисту прав таких осіб. Загалом процедура преюдиціального звернення є однією з гарантій права на справедливий судовий розгляд.

Що стосується ЄСПЛ, то у ст. 35 ЄКПЛ [1] однією з умов прийнятності заяви є використання всіх національних способів захисту. Таким чином, Суд оцінює остаточне рішення національних судів та перевіряє їх на відповідність Конвенції. Варто зазначити, що в Конвенції відсутнє положення про те, що національні суди мають використовувати практику ЄСПЛ, закріплення такої норми покладається на національний законодавчий орган.

Разом із набранням чинності Лісабонським договором набула юридичної сили і Хартія основних прав Європейського Союзу (далі – Хартія). Порівняно із ЄКПЛ Хартія закріплює ширше коло прав і свобод: право на цілісність особистості (ст. 3), свободу творчості та науки (ст. 13), право на притулок (ст. 18) та інші.

У частині співвідношення Хартії та ЄКПЛ варто згадати ч. 3 ст. 52 [2], де зазначається, що права, які передбачені Хартією, їх зміст та застосування мають збігатися

за змістом та застосуванням із правами, які гарантуються Конвенцією. Ця норма не є перешкодою для ширшого захисту їх правом ЄС.

Практика Суду ЄС нерідко демонструє автономність застосування та тлумачення ним прав і свобод людини, на відміну від ЄСПЛ. Конфліктною площиною між ЄС та ЄСПЛ у сфері прав людини називають: а) систему надання біженцям притулку в ЄС на основі так званого Дублінського регламенту ЄС (понад 1000 заяв щодо порушення норм ЄКПЛ під час вирішення питання про депортацію біженців із держав-членів ЄС чекають свого вирішення в ЄСПЛ); б) практику застосування в ЄС Європейського ордеру на арешт, який, як стверджується, значно різниться з усталеною практикою ЄСПЛ щодо застосування ст. 3 і ст. 6 ЄКПЛ; в) антимонопольну практику ЄС з її надзвичайно високими штрафами і невинуватими великими повноваженнями Європейської Комісії з розслідування порушень і накладення штрафів [3, с. 119–120].

Відповідно до ч. 1 ст. 19 Договору про Європейський Союз на Суд ЄС формально покладено обов'язок щодо забезпечення дотримання законодавства ЄС у процесі тлумачення та застосування установчих договорів. Заради досягнення цілей та завдань ЄС баланс між державами-учасниками має також досягатися і через діяльність Суду ЄС. Суд відіграє важливу роль у зміцненні демократії та виступає ключовою ланкою у формуванні особливого правопорядку ЄС [4].

Враховуючи, що всі 27 держав-членів ЄС є одночасно учасниками ЄКПЛ та визнають юрисдикцію Європейського суду з прав людини, необхідно порівняти компетенцію обох судів.

У 1950 році країни-учасниці Ради Європи підписали фундаментальну Конвенцію про захист прав людини та основних свобод. У ній зазначається, що уряди, котрі підписали цю Конвенцію як члени Ради Європи, беручи до уваги Загальну декларацію прав людини, погодилися на забезпечення загального і ефективного визнання проголошених у Декларації прав, їх захист і розвиток, забезпечення цих прав Високими Договірними Сторонами кожному, хто перебуває під їхньою юрисдикцією [1]. Для забезпечення цих зобов'язань створюється Європейський суд із прав людини. Європейський суд створений як контролюючий механізм захисту прав гарантованих ЄКПЛ, отже, компетенція ЄСПЛ обмежена метою Конвенції.

Стосовно Європейського Союзу, то він створювався як економічна спільнота, тому компетенція Суду ЄС була обмежена вирішенням питань в економічній сфері. Згодом ЄС вийшов за рамки економічного союзу, що своєю чергою розширило повноваження Суду ЄС, тому захист прав людини також належить до його компетенції. Вперше офіційне визнання прав людини на рівні співтовариств відбулося із набуттям чинності Єдиним Європейським Актом 1987 р., а згодом це призвело до появи власного каталогу прав ЄС – Хартії про основоположні права ЄС, яка набула чинності у 2009 році.

Суд ЄС почав розвивати свою практику щодо прав людини ще у 1969 р. рішенням по справі *Stauder* [5]. Підтвердження цього є низка рішень Суду ЄС, які визнавали права людини головними принципами права спочатку співтовариств, а потім і ЄС. Суд ЄС неодноразово засуджувався як занадто активний орган, що виходить за межі повноважень інтеграційного об'єднання, створюючи стандарти захисту прав людини, але саме ця діяльність Суду стала рушійною силою для перетворення ЄС на об'єднання універсального характеру [6, с. 168–190].

Щодо контролю за державами-членами, то у сферах, які не належать до компетенції Союзу, Суд не має механізмів впливу на держави-члени та контролю за державними заходами стосовно дотримання прав людини. У цьому випадку відповідальність за їх дотримання покладається на національну владу.

Контроль Суду ЄС над національними заходами, в тому числі у сфері захисту прав людини, може бути застосований, якщо на національному рівні заходи були реалізовані в рамках компетенції ЄС, при цьому з метою імплементації

норм права ЄС. Це зумовлено тим, що ці дії являють собою делегування повноважень Союзу до національної влади, а делегування завжди має відбуватись із дотриманням стандартів того суб'єкта, який уповноважує діяти, тобто у цьому випадку це стандарти захисту прав людини, визнані ЄС.

Наднаціональний характер права ЄС передбачає, що держави-учасниці ЄС визнають верховенство правових актів Європейського Союзу над нормами національного законодавства. У тому числі це стосується і визнання юрисдикції Суду ЄС та його рішень. Наднаціональний характер Конвенції полягає в обов'язковості рішень ЄСПЛ для держави, якої воно стосується, та відповідного впливу переважно через заходи загального характеру кожного з рішень ЄСПЛ на національні правові системи.

Відповідно до ст. 344 ДФЄС [7] держави-учасниці беруть на себе зобов'язання не піддавати спори щодо тлумачення чи застосування установчих договорів жодним іншим методам урегулювання, крім передбачених ними. Ця стаття встановлює механізм, який спрямований на запобігання паралельним судовим провадженням, які могли б призвести до неоднакового тлумачення чи застосування права ЄС. Варто звернути увагу на рішення Суду ЄС у справі «Commission v Ireland» [8] щодо спору між Великою Британією та Ірландією, в якій Суд ЄС вперше розглянув питання щодо співвідношення своєї юрисдикції з юрисдикцією інших міжнародних судових установ. Під час розгляду справи, пов'язаної із забрудненням Ірландського моря радіоактивними відходами заводу MOX, виник спір із приводу компетенції між Міжнародним трибуналом із морського права та Судом ЄС. До справи приєдналася Європейська Комісія, яка подала позов проти Ірландії до Суду ЄС, оскільки держава порушила зобов'язання відповідно до ст. 344 ДФЄС. Членами Конвенції ООН із морського права є не лише усі держави-учасниці ЄС, а й сам Європейський Союз як самостійний суб'єкт, що робить Конвенцію частиною права ЄС. Суд ЄС визначив, що передача цього спору до іншої, ніж Суду ЄС, установи ставить під загрозу юрисдикційний порядок, визначений установчими договорами, та, як наслідок, автономію правової системи Союзу загалом. На думку Суду, збереження автономії правової системи ЄС означає незмінність повноважень Союзу та його інститутів, встановлених установчими договорами, та уніфіковане тлумачення норм права ЄС, що не залежить від рішень інших правових систем, зокрема заснованих і на міжнародному праві. Будь-яка судова установа є потенційною загрозою для автономії правопорядку ЄС, оскільки право ЄС стало охоплювати широке коло правовідносин, воно йде поряд майже із кожною галуззю міжнародного права.

З погляду міжнародного права вищенаведена позиція Суду ЄС обмежує право держав-учасниць на захист своїх прав за міжнародними договорами. Така ж ситуація може статися і в разі приєднання Європейського Союзу до ЄКПЛ як самостійного суб'єкта.

Тому 18 грудня 2014 р. Суд ЄС постановив Висновок 2/13 про несумісність проекту Угоди про приєднання

і права ЄС, а також відсутність правових підстав для приєднання ЄС до Конвенції. Він визначив, що в результаті цього приєднання Конвенція, як і будь-який інший міжнародний договір, укладений ЄС, буде обов'язковою для інститутів ЄС та його держав-членів і становитиме невід'ємну частину права ЄС. У цьому разі ЄС так само, як інші договірні сторони, підлягатиме зовнішньому контролю задля забезпечення дотримання прав і свобод, передбачених Конвенцією. Таким чином, ЄС та його інститути, зокрема Суд ЄС, будуть підлягати зовнішнім механізмам контролю, передбаченим Конвенцією, зокрема з боку ЄСПЛ.

Конфлікти між Судом ЄС та ЄСПЛ виникають через те, що певне право тлумачиться в різному обсязі. Також обидва суди мають різні підходи стосовно питання обмеження захисту тих чи інших прав у випадку колізії між правами приватних осіб. Відповідно до позиції ЄСПЛ, певні дозволені обмеження можуть застосовуватись до окремих прав. У деяких випадках, щоб переконатись, що застосовані обмеження не звужують обсягу права до такої межі, що торкається самої суті права та позбавляє його ефективного захисту, Суд має впевнитися, що ці обмеження можна передбачити, вони зроблені відповідно до закону та встановлені законом, а також мають законну мету.

Суд Справедливості створив у своєму прецедентному праві інші критерії визначення того, чи є виправдане застосоване обмеження права. Таке обмеження має відповідати цілям загального інтересу, що переслідує ЄС, та не має створювати непропорційне та неприпустиме втручання, яке порушує саму сутність гарантованого права [9].

Висновки. Можна зробити висновок: два Європейські суди не тільки функціонують по-різному, але й по-різному співвідносяться з національними судами держав. Договір ЄС із метою однакового застосування положень свого законодавства заснував систему «попередніх рішень» (преюдиція): якщо національні суди стикаються з проблемою тлумачення Договору чи інших актів ЄС, вони можуть зробити запит до Суду ЄС із метою отримати передне рішення щодо будь-яких проблем тлумачення у справі, яка знаходиться на їх розгляді. І таким чином національні суди одержують вказівку щодо дотримання тлумачень Судом. При цьому ЄСПЛ є більш ізольованим, ніж Суд ЄС, його роль полягає у перевірці того, чи було порушення Конвенції на національному рівні.

Отже, у практиці двох судів виникає неузгодженість у тлумаченні, що, відповідно, призводить до різного вирішення аналогічних справ. Така ситуація є негативною з огляду на те, що вона порушує єдність підходу до тлумачення змісту та обсягу прав людини в Європі. Своєю чергою приєднання ЄС до ЄКПЛ могло би покласти край процесу формування подвійної системи стандартів прав людини у практиці Суду ЄС та ЄСПЛ. Тому виникає необхідність вжити заходів щодо уніфікації підходу ЄСПЛ та Суду Справедливості у вирішенні справ, пов'язаних із захистом прав людини та гармонізації стандартів у цій сфері у межах РЄ та ЄС. Проте, як відомо, негативне рішення Суду ЄС 2/13 від 18.12.2014 р. зупинило це на невизначений строк.

ЛІТЕРАТУРА

1. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Конвенція Ради Європи від 04.11.1950 р. : станом на 2 жовт. 2013 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004 (дата звернення: 23.04.2021).
2. Хартія основних прав Європейського Союзу : Хартія Європ. Союзу від 07.12.2000 р./ *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_524 (дата звернення: 23.04.2021).
3. Добрянський С. Права людини у Європейському Союзі: можливості удосконалення юридичного гарантування. *Право України*. 2019. Вип. 11. С. 108–127.
4. Договір про Європейський Союз : Договір Європ. Союзу від 07.02.1992 р. : станом на 13 груд. 2007 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_029 (дата звернення: 23.04.2021).
5. Case 29/69 «Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt». *European Court Reports*. 1969. P. 419.
6. De Burca G. After the EU Charter of Fundamental Right: The Court of Justice as the Human Rights Adjudicator? *Maastricht Journal of European and Comparative Law*. 2013. Vol. 20. P. 168–190.
7. Договір про Європейський Союз та про функціонування Європейського Союзу з протоколами та деклараціями: Договори, консолідовані версії станом на 10.03.2010 р. / *Верховна Рада України*. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b06#Text (дата звернення: 23.04.2021).
8. Case 459/03 «Commission v Ireland». *European Court Reports*. 2006. ECR I-4635. P. 237–302.
9. Case 265/87 «Hermann Schrader HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Gronau». *European Court Reports*. 1989. ECR 2237. P. 456–561.

ЄВРОПЕЙСЬКЕ ІНТЕГРАЦІЙНЕ ПРАВОСУДДЯ: ПОНЯТТЯ ТА ОСНОВНІ ФОРМИ**EUROPEAN INTEGRATED JUSTICE: CONCEPT AND BASIC FORMS**

Степаненко К.В., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри загальноправових дисциплін

Дніпропетровський державний університет внутрішніх справ

У статті аналізуються правові та організаційні передумови щодо становлення європейського інтеграційного правосуддя. Надається визначення європейського інтеграційного правосуддя, яке розуміється автором як сукупність певних правових та організаційних форм функціонування міжнародних регіональних судів, що діють на європейському просторі, а також їх взаємодія з національними судами членів відповідних регіональних утворень. Акцентується на тому, що створення регіональних судових гарантій у системі європейських міжнародних організацій стало вирішальним моментом у становленні європейського інтеграційного правосуддя.

Визначається система судів європейського інтеграційного правосуддя, що діють на постійній основі; їх діяльність полягає в інтерпретації і застосуванні права свого правопорядку, виконанні функцій, які не обмежені часовими рамками чи окремою, заздалегідь визначеною місією. Як наслідок, судові установи функціонують доти, поки існує організація, яка створила певний правопорядок, при цьому періодичність виконання їх функцій безпосередньо залежить від компетенції, якою суд наділила установча влада конкретного інтеграційного об'єднання.

Основною формою європейського інтеграційного правосуддя є правова форма, а європейське право регулює такі питання, як створення регіональних судових установ і їх функціонування на постійній основі, закріплення їх обов'язкової юрисдикції, визначення їхньої ексклюзивної компетенції, визначення принципів і основ незалежності цих судових установ, закріплення за їх рішеннями обов'язкової сили.

Визначається рівень та правові умови участі України в системі європейського інтеграційного правосуддя. На сучасному етапі Україна інтегрована в європейський простір правосуддя через взаємодію з Європейським судом із прав людини, однак існують усі правові передумови до більш конструктивної імплементації в національне процесуальне законодавство принципів діяльності судових установ, які становлять систему європейського інтеграційного правосуддя.

Ключові слова: правосуддя, європейське інтеграційне правосуддя, судова установа, суд, правова форма судової діяльності, європейське право, європейські інтеграційні об'єднання, глобалізація.

The article analyzes the legal and organizational prerequisites for the formation of European integration justice. The definition of European integration justice is given, which is understood by the author as a set of certain legal and organizational forms of functioning of international regional courts operating in the European space, as well as their interaction with the national courts of members of the respective regional entities. Attention is focused on the fact that the creation of regional judicial guarantees in the system of European international organizations became a decisive moment in the formation of European integration justice.

Defines the system of courts of European integration justice, acting on a permanent basis; their activity consists in interpreting and applying the law of their legal order, performing functions that are not limited by time frames or a separate, predetermined mission. As a result, judicial institutions function as long as there is an organization that has created a certain legal order, while the frequency of their functions directly depends on the competence that the court has endowed with the founding power of a particular integration association.

The main form of European integration justice is the legal form, and European law regulates issues such as the creation of regional judicial bodies and their functioning on a permanent basis; consolidation of their compulsory jurisdiction; defining their exclusive competence; defining the principles and foundations of the independence of these judicial institutions; binding on their decisions.

The level and legal conditions of Ukraine's participation in the European integration justice system are determined. At the present stage, Ukraine is integrated into the European area of justice through interaction with the European Court of Human Rights, however, there are all legal prerequisites for a more constructive implementation of the principles of the activities of judicial institutions that make up the European integration justice system into the national procedural legislation.

Key words: justice, European integration justice, judicial institution, court, legal form of judicial activity, European law, European integration associations, globalization.

Постановка проблеми. Інтеграційні та глобалізаційні процеси, що відбуваються в сучасному світі та мають прояв, зокрема, у формі створення європейських інтеграційних організацій, можна розглядати як втілення в життя ідей відомих філософів, правознавців та державних діячів, які перебували у витоків становлення республік та формування демократичних інститутів в Європі. При цьому європейські держави як суб'єкти зазначених інтеграційних процесів, створюючи організації, цілями яких є сприяння в інтенсифікації взаємовідносин, забезпечення розвитку економічних зв'язків, пошук нових можливостей для співробітництва у важливих сферах, за спільною згодою створюють і нове наддержавне право, застосування і тлумачення якого вимагає наявності розвинених, незалежних і компетентних органів правосуддя.

Нині можна говорити про існування окремої унікальної системи європейського інтеграційного правосуддя, що розвивається за власними законами європейської інтеграції і має свою специфіку. Україна, яка є членом Ради Європи та Організації з безпеки і співробітництва в Європі, за певними умовами також виступає суб'єктом європейського правосуддя. Висока динаміка звернень України до Європейського суду з прав людини, пов'язана

з агресією Росії та намаганням відновити справедливість, посилення важливості євроатлантичного проекту спричинили сплеск наукової активності вітчизняних авторів у питаннях дослідження діяльності міжнародних судових установ. Отже, актуальність вибраної теми зумовлена необхідністю підвищення рівня правової та організаційної комунікації з установами європейського правосуддя, створення комплексних правових механізмів, що сприятимуть зближенню України з європейськими євроінтеграційними об'єднаннями, впровадженню кращих практик європейських судових установ із метою прискорення реформи судової гілки влади та утвердження прав людини.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Діяльність судових установ європейських євроінтеграційних об'єднань, зокрема, таких як Європейський Союз та Рада Європи, були предметом дослідження багатьох авторів протягом більш ніж півстолітньої історії становлення цих поважних організацій. Найбільш значний внесок у розвиток міжнародного судочинства та європейського інтеграційного правосуддя зробили такі зарубіжні дослідники, як Р. Бакстер, Д.М. Бедерман, Я. Броунлі, Г. Вандерсанден, М. Вагелет, Х.П. Іпсен, А. Кассезе, Дж.Л. Кунц, Х. Лаутерпахт, І. Марусін, П. Пескаторе, Ж.Ж. Сальмон, Ч.Ч. Хайд,

Л. Хенкінт та ін. У вітчизняній науці міжнародного права, європейського права та інших суміжних наук аналіз різних питань функціонування міжнародних судів можна зустріти в працях М. Баймуратова, М. Буроменського, Л. Грицаєнка, О. Задорожного, В. Кононенка, В. Муравйова, І. Проценко, М. Сірого, Л. Тимченка, М. Черкеса, Ю. Шемшученка та інших правознавців. Однак з аналізу вітчизняної правової літератури за останні роки стає зрозумілим, що праць, де була б окреслена цілісна картина становлення та еволюції європейського інтеграційного правосуддя, пропонувалися б теоретичні поняття, застосовні до цієї системи знань, як і окремих робіт щодо функціонування європейських судів в їх взаємодії, вкрай мало, що вимагає глибшого дослідження проблематики становлення європейського інтеграційного правосуддя, актуальних питань його впливу на розвиток вітчизняних елементів судочинства.

Формування цілей статті. Головною метою статті є визначення поняття та основних форм становлення європейського інтеграційного правосуддя, окреслення правових передумов імплементації принципів діяльності європейських судових установ у національне процесуальне законодавство.

Виклад основного матеріалу. Феномен європейського інтеграційного правосуддя виник як особливий різновид міжнародного правосуддя, але в міру свого розвитку і дедалі більшого поширення. Позиції міжнародних судових установ у вирішенні міждержавних спорів, врегулюванні серйозних конфліктів і визначенні відповідальних за порушення норм міжнародного права помітно змінилися зі створенням у 1945 році Організації Об'єднаних Націй. Участь міжнародних судів у названих процесах забезпечується їхнім високим міжнародним статусом, що надає особливої ваги судовим рішенням [1, с. 47]. Окремим порядком діє та прогресує підсистема європейського судочинства в галузі прав людини.

Нині, окрім європейської системи міжнародних організацій, власні органи інтеграційного правосуддя створені майже у всіх інтеграційних об'єднаннях, навіть у тих, які не мають формального статусу міжнародної організації (наприклад, спеціалізовані органи правосуддя в рамках Північноамериканської угоди про вільну торгівлю 1992 р. між США, Канадою і Мексикою). Лише в рідкісних випадках інтеграційні об'єднання вдаються до суто політичних механізмів регулювання виникаючих в їх рамках інтеграційно-правових спорів. Зазвичай йдеться про об'єднання, що виникли порівняно недавно, і (або) про тих, правові та інтеграційні процеси в рамках яких ще не отримали повноцінного розвитку.

Якщо наявність спеціалізованих органів правосуддя може вважатися загальним правилом функціонування сучасних інтеграційних об'єднань, а їх відсутність – винятком, то способи створення судових установ зовсім не відрізняються одноманітністю. У сучасному світі можна говорити про існування різних моделей інтеграційного правосуддя, кожна з яких також має аналоги у внутрішньодержавному і в міжнародному праві. Ці моделі можуть не тільки існувати автономно, але і різним чином поєднуватися, комбінуватися один з одним. Результатом є виникнення змішаної (комбінованої) моделі інтеграційного правосуддя, яка також має кілька різновидів.

Одна з моделей інтеграційного правосуддя передбачає створення постійних органів правосуддя – інтеграційних судів, члени яких призначаються на постійній основі. Ця модель повною мірою реалізується в межах європейського простору, під яким у загальному вигляді можна розуміти існування та постійну еволюцію організацій, що взаємодіють і створені з певною метою (головною метою їх існування є інтеграція різноманітних установ та спільних цінностей). Сучасна глобалізація і регіоналізація права є вагомим фактором, що сприяє устанавленню європей-

ських систем правосуддя в сучасному світі. Крім того, ці процеси здійснюються під дією самого феномена глобалізації, тобто навіть за відсутності конкретного примусу і будь-якого юридичного зв'язку між судовими установами.

На відміну від глобальних, європейські процеси характеризуються більшою складністю і більшою інтеграцією. Це виявляється не стільки в значній кількості європейських організацій у регіоні (РС, ЄС, ОБСЄ та ін.), скільки в появі європейських судових установ, наділених конкуруючою компетенцією з розгляду індивідуальних скарг фізичних і юридичних осіб. Кожна з цих установ, відповідно до положень установчих актів певного міжнародного регіонального об'єднання, володіє виключною компетенцією з розгляду питань щодо відповідності актів органів регіонального об'єднання, а також актів органів відповідних європейських держав щодо установчих актів свого регіонального правопорядку й інтерпретацією цих актів в останній інстанції. Проте судовий контроль зазначених судових установ, а також національних судів (наприклад, конституційних судів) здійснюється з метою захисту спільних інтересів, перелік яких порівняно схожий і практично не змінюється від одного правопорядку до іншого. Інакше кажучи, фактично різні суди покликані застосовувати загальне право, спільне для усіх інтеграційних об'єднань.

Крім того, право міжнародних регіональних судових установ розглядати індивідуальні скарги осіб, що передбачено, наприклад, Європейською Конвенцією, пряму дію міжнародного права в законодавстві держав-членів, а також компетенція з розгляду питань щодо відповідності актів органів держав-членів нормам міжнародного права призводять до необхідності співпраці між судами на європейському просторі. У ситуації, коли в рамках одного правового простору співіснує кілька правопорядків і судових систем (держав-членів, РС, ЄС), які інтегровані між собою і мають конкуруючу або схожу компетенцію, розбіжність їх судової практики ставить питання «правової забезпеченості» або «юридичної безпеки» [2, с. 147] на європейському просторі.

Існування європейських регіональних судових установ, а також застосування міжнародного права судовими органами держав-членів створюють передумови для існування зв'язків між судами двох правопорядків – національного і міжнародного європейського. Таким чином, розгляд питання судової гарантії права міжнародними регіональними судовими органами має першочергове значення для дослідження питань взаємодії національних і регіональних судових установ. Якщо в рамках Ради Європи така взаємодія (за допомогою впливу судової практики) регіональних і національних судових установ є єдиною формою співпраці, то в рамках ЄС існують більш розвинені інструменти взаємодії судових установ та європейського регіонального правопорядку. Щодо Суду ЄС та права ЄС багато зарубіжних авторів констатують, що методи інтерпретації цього права, що використовуються Судом ЄС, є методами «створення права» [3].

Вперше про «простори свободи, безпеки і правосуддя» згадувалося в Договорі про Європейський Союз 1992 р. Спеціальна глава, присвячена «простору свободи, безпеки і правосуддя», була також включена в Договір про запровадження Європейської Конституції 2004 р., який так і не набув чинності. Водночас таку главу містить Договір про функціонування Європейського Союзу. Таким чином, у доктрині під європейським простором правосуддя багато вчених [4]¹ розуміють комплекс заходів і механізмів, що діють у рамках тільки Європейського Союзу. Водночас низка певних ознак і тенденцій, окреслених і в цій статті, дає змогу говорити про існування більш загаль-

¹ Див., наприклад: Бирюков М.М. «Європейский Союз до и после Лиссабонского договора» (Москва, 2010 р.), Марченко М.Н., Дерябина Е.М. «Правовая система Европейского союза» (Москва, 2012 р.) та ін.

ного явища – *європейського інтеграційного правосуддя* як діяльності судів європейських інтеграційних організацій в їх явній чи контекстній взаємодії. Європейське інтеграційне правосуддя являє собою сукупність певних правових та організаційних форм функціонування міжнародних регіональних судів, що діють на європейському просторі, а також їх взаємодію з національними судами членів відповідних регіональних утворень з урахуванням дотримання права Ради Європи, насамперед Європейської конвенції з прав людини.

Систему судів європейського інтеграційного правосуддя становлять: Суд ЄС, Суд Бенілюксу, Суд Європейської асоціації вільної торгівлі, Суд із примирення та арбітражу Організації з безпеки і співробітництва в Європі та ЄСПЛ. Кожен із цих судів має окрему історію, діє відповідно до завдань, що покладені на нього статутними угодами держав-членів організацій, та з конкретною метою. Але їхня діяльність має інтеграційну сутність та у всій сукупності створює унікальне правове середовище європейського правосуддя. Правова форма європейського інтеграційного правосуддя перебуває у постійному русі, що зумовлено інтенсивною правотворчою роботою, в результаті якої з'являються нові або вдосконалюються чинні норми, які регулюють діяльність певного суду.

Формування та вдосконалення правової форми європейського інтеграційного правосуддя в цьому ракурсі є показовим. Створення міжнародного регіонального судового органу здійснюється на основі норм міжнародного права. Крім того, будучи одним з основних органів тієї чи іншої міжнародної регіональної організації (поряд із такими інститутами, як виконавчі комітети, асамблеї тощо), статус і окремі аспекти діяльності цих органів закріплюються в основних установчих документах. Як зазначає Р. Гурбанов, серед судових інстанцій рідко зустрічаються ті, які не були створені документами, що засновували організацію. До таких можна зарахувати, наприклад, Трибунал першої інстанції Європейських співтовариств, який був створений за рішенням Ради міністрів Європейських співтовариств, а не одним з основоположних договорів ЄС. Також Суд ЄАВТ був створений спеціально окремою угодою держав-членів – угодою між державами-членами ЄАВТ про створення наглядового органу і Суду [5, с. 72].

Нині європейське право приділяє регіональним судовим органам велику увагу. Практично будь-якому з них присвячена, як мінімум, окрема глава одного з основоположних актів європейського інтеграційного об'єднання, що підтверджує ідею про відповідність статусу судової установи органам міжнародної європейської організації (асамблей, рад, комітетам, парламентським органам). Водночас правовий статус ЄСПЛ визначений не Статутом Ради Європи, а одним із його найважливіших міжнародно-правових актів. Так, у Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод найоб'ємніша глава присвячена саме Європейському суду з прав людини, що дає змогу виділити особливу природу цього конвенційного органу.

Як правило, міжнародні регіональні судові установи створюються і функціонують відповідно до спеціально прийнятих окремих актів первинного права регіональних організацій. Так, наприклад, діяльність Суду ЄС здійснюється відповідно до Статуту Суду ЄС, який за своєю природою є окремим протоколом, прийнятим «Високими Договірними Сторонами» на підставі Договору про функціонування Європейського Союзу (ст. 281) [6]. Подібним чином був створений і Суд Бенілюксу, що сталося набагато пізніше створення самого Економічного союзу Бенілюкс, тому для створення Суду знадобилося прийняття окремого акта – Договору про створення Суду Бенілюксу від 31 березня 1965 р. [7]. Таким чином, звернення до основоположних (установчих) актів будь-якого з правопорядку вказаних європейських регіональних об'єднань свідчить про те, що установча влада кожного з них через правові

форми приділила особливу увагу міжнародним регіональним судовим установам.

Також варто звернути увагу на інший аспект статусу європейських регіональних судових установ, який безпосередньо пов'язаний із питанням правових підстав їх створення. Йдеться про функціонування цих установ на постійній основі. Якщо серед багатьох міжнародних судових установ існує низка інститутів «ad hoc», а також судових інстанцій, що функціонують на не постійній основі (як приклад можна навести функціонування міжнародних кримінальних трибуналів), то щільне співробітництво країн на європейському просторі вимагає створення більш досконалих судових інстанцій, які мають функціонувати саме на постійній основі. Саме так і діють європейські судові установи, які становлять систему європейського інтеграційного правосуддя. Якщо щодо окремих із них можна досить просто ідентифікувати правові підстави функціонування суду на постійній основі, то щодо інших такі підстави відсутні, що тим не менш не суперечить їх фактичному сталому функціонуванню. Так, наприклад, більш досконалий і деталізований характер права ЄС зумовлює постійний статус Суду ЄС. З цього приводу Статут Суду ЄС однозначно встановлює: «Суд функціонує на постійній основі» [6].

Подібним чином організовано і функціонування Європейського суду з прав людини, відповідно до Європейської Конвенції, «він працює на постійній основі» (ст. 19). Навпаки, стосовно Суду Бенілюксу можна констатувати застосування принципу сталого функціонування лише опосередковано, бо тут вказівка щодо застосування цього принципу існує лише в положеннях, що закріплюють розташування штаб-квартири Суду (ст. 2 Договору про створення Суду Бенілюксу) [7]. Однак незалежно від того, чи закріплений принцип функціонування того чи іншого міжнародного регіонального суду на постійній основі, насправді все європейські суди, які входять до системи європейського інтеграційного правосуддя, функціонують на постійній основі.

Також необхідно звернути увагу на те, що цей принцип на європейському просторі застосовується незалежно від фактичного здійснення діяльності європейських регіональних судових установ, а також не пов'язаний з її періодичністю [8]. Їхня діяльність полягає в інтерпретації і застосуванні права свого правопорядку, виконанні функцій, які не обмежені часовими рамками чи окремою, заздалегідь визначеною місією. Як наслідок, судові установи функціонують доти, поки існує організація, яка створила певний правопорядок, при цьому періодичність виконання їх функцій безпосередньо залежить від компетенції, якою суд наділила установча влада конкретного інтеграційного об'єднання.

В Україні реформування судової системи, впровадження сучасних європейських принципів правосуддя поглиблюють практику застосування суддями норм міжнародного права, імplementованих у національне законодавство. Для вітчизняних судів загальновизнана норма міжнародних угод приймається як юридично обов'язкове для держав-членів ООН та РЄ правило поведінки. Застосування норм міжнародного права національними судами зумовлено міжнародними зобов'язаннями, що, зрештою, веде до вдосконалення власного законодавства і функціонування правових механізмів. Україна як член Ради Європи є суб'єктом європейського інтеграційного правосуддя через тісну комунікацію з ЄСПЛ.

Європейська Конвенція відповідно до ст. 9 Конституції України є частиною національного законодавства України, ст. 32 встановлює поширення юрисдикції Європейського суду на всі питання тлумачення та застосування Конвенції. Україна як незалежна держава Законом України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів 2,

4, 7 та 11 до Конвенції» (п. 1) визнала обов'язковою юрисдикцію ЄСПЛ в усіх питаннях, що стосуються тлумачення і застосування Конвенції. На підтвердження обов'язку держави виконати рішення Європейського суду у справах проти України та усунути причини порушення Конвенції 1950 р. і протоколів до неї, а також створити передумови для зменшення кількості заяв до Європейського суду проти України Верховна Рада прийняла Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». У п. 1 ст. 2 цього Закону підтверджено обов'язковість виконання Україною рішення Європейського суду відповідно до ст. 46 Конвенції.

Висновки. Таким чином, одним із суттєвих чинників, що сприяють міжнародно-правовій систематизації європейських судових установ, є процеси глобалізації та регіоналізації. Створення регіональних судових гарантій у системі європейських міжнародних організацій стало вирішальним моментом у становленні європейського інтеграційного правосуддя, яке можна розглядати як сукупність певних правових та організаційних форм функціонування міжнародних регіональних судів, що діють на європейському просторі. До системи судів європейського інтеграційного правосуддя слід зараховувати Суд ЄС, Суд Бенілюксу, Суд Європейської асоціації вільної торгівлі, Суд із примирення та арбітражу Організації з безпеки і співробітництва в Європі та ЄСПЛ.

Імплементация міжнародного права в національні правові порядки, яка здійснюється не без участі міжнародних регіональних судових установ, також стала стимулюючим фактором розвитку європейського інтеграційного правосуддя.

Основною формою європейського інтеграційного правосуддя є правова форма, а європейське право регулює такі питання, як створення регіональних судових установ і їх функціонування на постійній основі, закріплення їх обов'язкової юрисдикції; визначення їхньої ексклюзивної компетенції, визначення принципів і основ незалежності цих судових установ, закріплення за їхніми рішеннями обов'язкової сили.

Україна, яка є членом Ради Європи та Організації з безпеки і співробітництва в Європі, за певних умов також може виступати суб'єктом європейського інтеграційного правосуддя. На сучасному етапі наша держава інтегрована в європейський простір правосуддя через взаємодію з ЄСПЛ, що визначено Конституцією України, а також законами України «Про ратифікацію Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року, Першого протоколу та протоколів 2, 4, 7 та 11 до Конвенції» та «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». Однак євроатлантичний курс України, що підтверджено, зокрема, Законом України «Про внесення змін до Конституції України (щодо стратегічного курсу держави на набуття повноправного членства України в Європейському Союзі та в Організації Північноатлантичного договору)», Угодою про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, створює усі правові передумови до більш конструктивної імплементації в національне процесуальне законодавство принципів діяльності судових установ системи європейського інтеграційного правосуддя.

ЛІТЕРАТУРА

1. Степаненко К.В. Поняття, ознаки та види міжнародних судових установ. *Альманах міжнародного права*. 2020. № 23. С. 46–54.
2. Wyatt D. New legal order, or old? *European law Review*. Juin 1982.
3. Lecourt R. Le rôle de la Cour dans le développement des Communautés, *Annuaire dr. eur.* 1976, vol. 24, p. 19.
4. Lecourt R. Le rôle unificateur du juge dans la Communauté, dans *Études de droit des Communautés européennes, Mélanges*. H. Teitgen, Paris, Pedone, 1984.
5. Гурбанов Р.А. Оглы. Взаимодействие судебных органов на европейском пространстве: вопросы теории и практики : дис. ... д-ра юрид. наук : 12.00.10. Баку, 2015. 388 с.
6. Протокол (№ 3) про Статут Суду Європейського Союзу (Протокол про Статут Суду Європейського економічного співтовариства). URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_618#Text
7. Cour de Justice Benelux. Documents de base. URL: <http://www.courbeneluxhof.be/fr/basisdocumenten.asp>
8. Barer C., Grant J. *International Criminal Law Deskbook*. Routledge. 2013. 568 p.

ДОТРИМАННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ ПРО ЗАХИСТ ПРАВ ЛЮДИНИ ТА ОСНОВОПОЛОЖНИХ СВОБОД ПІД ЧАС COVID-19

COMPLIANCE WITH THE EUROPEAN CONVENTION FOR THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS DURING COVID-19

Толстенко Ю.О., к.ю.н.,
асистент кафедри міжнародного права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Мулява О.О., студент I курсу магістратури
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Здоровцова О.Ю., студентка I курсу магістратури
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті досліджено можливість відступу держав від зобов'язань, передбачених Європейською конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод 1950 р. (далі – ЄКПЛ), проаналізовано необхідність публічного проголошення надзвичайного стану та порядку належного повідомлення Генерального секретаря Ради Європи про вжиті державою заходи, що відступають від її зобов'язань, та причини їх вжиття.

Обґрунтовано неможливість використання прецедентної практики та стандартів щодо надзвичайних ситуацій під час війни, їх перенесення на надзвичайну ситуацію, спричинену пандемією COVID-19. Встановлено, що природа надзвичайних ситуацій, пов'язаних з охороною здоров'я та війною, є різною, а тому підхід до цих двох типів надзвичайних ситуацій має відрізнитися. Зроблено висновок, що COVID-19 відповідає критеріям із фактичною та безпосередньою загрозою для права всіх людей на здоров'я та життя.

Зазначено європейські держави, що проінформували Генерального секретаря Ради Європи про вжиті ними заходи. Перелічено низку вимог, що висуваються задля запобігання порушення прав людини або спричинення шкоди демократичній системі управління. Встановлено порушення, що вчинили держави під час впровадження заходів боротьби з COVID-19, що проявлялося, зокрема, у надмірних та непропорційних заходах, обмеженні основних свобод. Обґрунтовано значення судових органів у перевірці конституційності, пропорційності та можливості застосування надзвичайних заходів. Наведено приклади скасування надзвичайних законодавчих актів національними судовими органами, визначено роль ЄСПЛ у захисті прав людини під час пандемії.

Встановлено суперечність Конституції України запроваджених Кабінетом Міністрів України обмежень прав та свобод людини, що можуть встановлюватися виключно відповідно до Закону та в умовах надзвичайного стану, а не надзвичайної ситуації. На підставі вищевказаного обґрунтовано порушення принципу верховенства права, що передбачено у Преамбулі ЄКПЛ.

Визначено, що будь-яке «надзвичайне законодавство» становить ризик задля верховенства права, оскільки після створення прецеденту відступу від будь-якого права не може бути виключена можливість такого ж самого обмеження в майбутньому, а тому зроблено висновок, що варто неухильно дотримуватися відповідних вимог до запровадження надзвичайних заходів.

Ключові слова: ЄКПЛ, дерогація, COVID-19, надзвичайні заходи, обмеження прав, верховенство права.

The article examines the possibility of withdrawal of states from the obligations under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms of 1950 (hereinafter – ECHR), analyzes the need for a public declaration of emergency and the proper notification of the Secretary General of the Council of Europe. deviate from its obligations and the reasons for their use..

The impossibility of using the precedent practice and standards for emergencies during the war, their transfer to the emergency caused by the COVID - 19 pandemic is substantiated. The nature of health and war emergencies has been found to be different, so the approach to these two types of emergencies should be different. It is concluded that COVID-19 meets the criteria with a real and imminent threat to the right of all people to health and life.

The European states that informed the Secretary General of the Council of Europe about the measures taken by them are mentioned. A number of requirements are listed to prevent human rights violations or damage to the democratic system of government. The violations committed by the states in the implementation of measures to combat COVID-19 were identified, which manifested itself, in particular, in excessive and disproportionate measures, the abolition of fundamental freedoms. The importance of judicial bodies in checking the constitutionality, proportionality and possibility of applying emergency measures is substantiated. Examples of the repeal of emergency legislation by national courts are given, and the role of the European Court of Human Rights (hereinafter – ECtHR) in protecting human rights during a pandemic is defined.

The contradiction of the Constitution of Ukraine, introduced by the Cabinet of Ministers of Ukraine, restrictions on human rights and freedoms, which can be established only by law and in a state of emergency, not an emergency. Based on the above, the violation of the principle of the rule of law, which is provided for in the preamble of the ECHR, is justified.

It is determined that any emergency legislation poses a risk to the rule of law, because after setting a precedent for derogating from any right, no one can rule out the possibility of the same restriction in the future, and therefore the requirements for emergency measures should be strictly adhered to.

Key words: ECHR, derogation, COVID-19, emergency measures, restriction of rights, rule of law.

Постановка проблеми. Нині світ зіткнувся з однією із найсерйозніших «криз громадського здоров'я», адже станом на квітень 2021 р. у світі зафіксовано понад 130 мільйонів підтверджених випадків COVID-19 [1]. Надзвичайні ситуації вимагають надзвичайних заходів, а тому з'явилося міжнародно-правове регулювання задля подолання всесвітньої кризи. І пандемія, і заходи її подолання піддають випробуванням верховенство права. Занепокоєння з цього приводу є не безпідставним, оскільки заходи, що обмежують реалізацію прав людини, можуть відкрити шлях до зловживань «надзвичайними повноваженнями».

Аналіз публікацій та досліджень. Питання щодо забезпечення прав та свобод людини відповідно до ЄКПЛ під час пандемії COVID-19 частково досліджувались такими науковцями, як Дж. МакБрайд, С. Йовічич, А. Грін, М. Шейнін, Т.Р. Федосєєва та ін.

Мета статті – встановити відповідність заходів боротьби із COVID-19, запровадженими Україною та іншими європейськими державами, нормам, передбаченим ЄКПЛ.

Виклад основного матеріалу. У періоди надзвичайних ситуацій міжнародно-правовими актами передбачається

можливість відступу держав від деяких взятих на себе міжнародно-правових зобов'язань. Так, наприклад, ст. 4 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права 1966 р. встановлює, що «під час надзвичайного стану у державі, під час якого життя нації перебуває під загрозою і про наявність якого офіційно оголошується, держави-учасниці цього Пакту можуть вживати заходи, відступаючи від своїх зобов'язань за цим але в такій мірі, в якій це диктується гостротою становища» [2]. Ст. 27 Американської конвенції про права людини 1969 р. закріплює, що «під час війни, виникнення небезпеки для держави або за інших надзвичайних обставин, що ставлять під загрозу незалежності або безпеку держави-учасниці, така держава може вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією в такій мірі і на такий період часу, в якій це вимагається гостротою становища» [3]. Ст. 15 ЄКПЛ своєю чергою дозволяє державам «під час війни або іншої суспільної небезпеки, що загрожує життю нації, вживати заходів, що відступають від її зобов'язань за цією Конвенцією» [4].

Е.М. Хафнер-Бьортон визначила дерогацію як «раціональну відповідь на невизначеність, що дозволяє урядам виграти час та правовий простір для боротьби з кризою шляхом тимчасового обмеження громадянських та політичних свобод» [5, с. 10]. Застереження про відступ, на думку Дж.Л. Ньюмана, «не суперечать поняттю прав людини, але, навпаки, можуть сприяти їх ефективному захисту» [6, с. 17]. Дійсно, держави мають позитивні зобов'язання захищати право на життя, що може виправдати відступ від деяких інших прав людини. Дерогації дозволяються лише тією мірою, в якій вони суворо вимагаються особливостями ситуації і не суперечать іншим зобов'язанням держави за міжнародним правом, включаючи принцип недискримінації. Також має бути дотримана процедура повідомлення, що викладена у ст. 15 ЄКПЛ, де вимагається «публічне проголошення надзвичайного стану та порядок належного повідомлення Генерального секретаря Ради Європи» [4].

С. Йовичіч використовувала прецедентну практику щодо надзвичайних ситуацій під час збройних конфліктів, щоб зробити висновки про стандарти, що можна було б перенести на надзвичайну ситуацію, спричинену пандемією COVID-19 [7]. Якщо ЄСПЛ ніколи не надавав визначення терміна «збройний конфлікт», то апеляційна палата Міжнародного трибуналу для колишньої Югославії запропонувала загальне визначення. Отже, «збройний конфлікт має місце кожен раз, коли держави застосовують силу чи коли відбувається тривалий збройний конфлікт між урядовими силами і організованими збройними групами або між такими групами всередині однієї держави» [8]. З наведеного визначення чітко видно, що пандемія COVID-19 не підпадає під визначення поняття «війна». Природа поширення надзвичайних ситуацій, пов'язаних з охороною здоров'я та війною, є різними, а тому підхід до цих двох типів надзвичайних ситуацій має відрізнитися. Щодо «іншої суспільної небезпеки, що загрожує життю нації», то ЄСПЛ у справі «Лоулесс проти Ірландії» від 1 липня 1961 р. визначив її як «виняткову ситуацію кризи або надзвичайної ситуації, що зачіпає все населення і становить загрозу для організованого життя громади» [9]. При цьому «надзвичайна ситуація має фактично існувати або бути неминучою», а «криза чи загроза мають бути винятковими в тому розумінні, що звичайні заходи або обмеження, дозволені Конвенцією для забезпечення громадської безпеки, здоров'я і порядку, є явно недостатніми» [10].

Словник епідеміології Міжнародної епідеміологічної асоціації визначає пандемію як «епідемію, що протікає по всьому світі або на дуже широкій території, перетинаючи міжнародні кордони та вражаючи, як правило, велику кількість людей» [11, с. 131]. Крім того, «епідемія – це поява у спільноті або регіоні випадків хвороби або іншої пов'язаної зі здоров'ям ситуації, що явно перевищує нор-

мальну тривалість» [11, с. 60]. Всесвітня організація охорони здоров'я не надала жодного правового визначення цього поняття [12, с. 534].

Отже, епідемія характеризується спалахом та поширенням хвороби на території однієї країни, а для пандемії характерним є стрімке поширення у різних країнах світу та континентах. Самостійно державам боротися із пандемією дуже складно та малопродуктивно, тому міжнародному праву належить важлива роль у глобальній боротьбі з інфекційними захворюваннями. Завдяки міжнародно-правовим механізмам можна досягти гармонізації суперечливих національних карантинних норм національних держав, забезпечити обмін інформацією про інфекційні захворювання, стандартизувати моніторинг епідемічних ситуацій [13, с. 946–947]. Критерій безпосереднього характеру надзвичайної ситуації має вирішальне значення в контексті пандемії, оскільки він дає змогу державам передбачати та вживати завчасних обмежувальних заходів та відступів задля того, щоб уникнути більш серйозних відступів пізніше. Немає сумнівів, що COVID-19 відповідає цим критеріям із фактичною та безпосередньою загрозою для права всіх людей на здоров'я та життя.

З процедурної позиції далеко не всі країни повідомили про відступлення. Серед країн, що проінформували про житі заходи, є Вірменія [14], Естонія [15], Грузія [16], Латвія [17]. Своєю чергою Франція, що робила такі повідомлення в період між 2015 та 2017 рр. у контексті терактів, не зробила цього, незважаючи на оголошення надзвичайного стану та серйозність вже вжитих заходів. Це може свідчити про спробу відвернути увагу міжнародного співтовариства від вжитих заходів.

Навіть у найбільш екстремальних та виняткових випадках, коли може бути необхідним призупинення певних прав, міжнародне право встановлює ряд вимог, зокрема, законності, необхідності, пропорційності та своєчасності, що призначені задля запобігання незаконному використанню заходів, таких як зловживання чи непропорційність, що спричиняє порушення прав людини або шкоду демократичній системі управління [18]. Пандемія, тим не менш, спричинила «авторитарну політичну поведінку» держав по усьому світі, не лише в режимах, що вже вважаються авторитарними, але також і у демократичних державах з урегульованим конституційним захистом основних прав. Це проявлялося в надмірних та непропорційних заходах, скасуванні основних свобод, непрозору прийнятті рішень, призупиненні ефективного демократичного контролю. Держави наслідували заходи, вжиті в інших місцях, зокрема шляхом запровадження комендантської години, загальнодержавних блокувань та заборон на виїзд, нагляду за громадянами. Наприклад, у Великій Британії не можна було залишати місце проживання без поважної причини [19], а у Франції можна було покинути місце проживання не більше ніж на одну годину щодня, але треба було мати документ, що підтверджує причину необхідності залишити місце свого проживання [20]. В Угорщині було дозволено Прем'єр-міністру призупиняти дію певних законів, відступати від законодавчих вимог та запроваджувати надзвичайний стан на новий строк своїм указом [21]. Уряд Сербії намагався контролювати інформацію та новини про COVID-19. Так, указом Прем'єр-міністра Сербії А. Брнабіча було передбачено, що «заклади охорони здоров'я та місцеві органи влади мають направляти всю інформацію про COVID-19 до очолюваного ним Кризового штабу COVID-19» [22].

Запроваджуючи заходи, підкріплені погрозами санкцій, від штрафу до позбавлення волі, держави не зважали на серйозність питання щодо ефективності та пропорційності запроваджених заходів. Яскравим прикладом є повноваження, доступні державним органам відповідно до пункту «е» ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ, щодо «законного затримання людей для запобігання розповсюдженню інфекційних хвороб».

Їх було вжито по всій Європі, внаслідок чого державні органи отримали повноваження відстежувати пересування людей, які підозрюються в зараженні COVID-19, та ізолювати їх. Збільшення повноважень згідно з пунктом «е» ч. 1 ст. 5 ЄКПЛ не було забезпечено положеннями ч. 4 тієї ж статті, що дозволяє «кожній особі, яка позбавлена свободи внаслідок арешту або тримання під вартою, ініціювати провадження, в процесі якого Суд без зволікання встановить законність затримання і прийме рішення про звільнення, якщо затримання є незаконним» [4].

Однак наявні і такі приклади, коли національні суди скасовували вжиті заходи. Наприклад, Вищий адміністративний суд Німеччини скасував заборону на поїздки до прибережних районів на період святкування Великодня через непропорційне втручання у свободи людини, а рішенням від 6 липня 2020 р. призупинив постанову, що накладає обмеження на відвідування району Гютерсло, оцінивши її як непропорційну та неконституційну [23; 24].

Щодо практики ЄСПЛ, то є ймовірність того, що до моменту, коли ЄСПЛ розгляне позови про надзвичайні заходи проти пандемії, багато з них вже буде припинено. Незважаючи на те, що Суд не вплине на поточну кризу безпосередньо, ЄСПЛ все ще діє як фактор стримувань, оскільки розгляд скарг ЄСПЛ за фактом порушень процедури дерогації, допущених Урядами держав, в майбутньому є неминучим. Із часом судова практика ЄСПЛ щодо таких заходів матиме прецедентну цінність і сприятиме виробленню положень, яких усі держави будуть надалі дотримуватися в аналогічних ситуаціях. М. Шейнін, колишній спеціальний доповідач ООН із прав людини та боротьби з тероризмом і член Комітету ООН із прав людини, підтримує прагнення справлятися з кризою, використовуючи звичайні процедури, тобто ті, що безпосередньо передбачені в окремих статтях ЄКПЛ [25]. Наприклад, ч. 2 ст. 8 ЄКПЛ передбачає такі можливі випадки відступу від гарантованого права на повагу до приватного і сімейного життя, коли «втручання здійснюється згідно із законом і є необхідним у демократичному суспільстві в інтересах національної та громадської безпеки чи економічного добробуту країни, для запобігання заворушенням чи злочинам, для захисту здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб», а ч. 2 ст. 9 ЄКПЛ передбачає, що «свобода сповідувати свою релігію або переконання підлягає лише таким обмеженням, що встановлені Законом і є необхідними в демократичному суспільстві в інтересах громадської безпеки, для охорони публічного порядку, здоров'я чи моралі або для захисту прав і свобод інших осіб» [4]. Такі випадки відступу дозволяють встановлювати обмеження прав людини, викликаних пандемією [25]. А. Грін, професор Бірмінгемської школи права у Великобританії, навпаки, вважає, що «відмова від дерогації пов'язана з ризиком нормалізації виняткових повноважень та заходів, що може призвести до зниження рівня захисту прав людини в звичайних умовах» [26].

Що ж до України, то Уряд не інформував Генерального секретаря Ради Європи про вжиті ним заходи. Необхідність інформування викликає дискусії серед науковців, але безсумнівною, на нашу думку, залишається невідповідність дій України позиції ЄСПЛ, викладеній, зокрема, в рішенні «Мехмет Хасан Алтан проти Туреччини» від 20 березня 2020 р., в якому ЄСПЛ зазначив, що «всі обмеження, незалежно від того, ґрунтуються вони на відступах від зобов'язань чи ні, повинні, звичайно ж, завжди мати правову основу, що включає дотримання відповідних конституційних гарантій та вимог держави-учасниці» [27]. В Україні, з урахуванням поширення на території гострої респіраторної хвороби COVID-19, висновків Всесвітньої організації охорони здоров'я щодо визнання поширення COVID-19 у країнах світу пандемією, з метою ліквідації наслідків медико-біологічної надзвичайної ситуації природного характеру державного рівня, забезпечення

санітарного та епідемічного благополуччя населення для єдиної державної системи цивільного захисту на всій території України було встановлено режим надзвичайної ситуації [28]. Постановою КМУ від 2 квітня 2020 р. № 255 до попередньо виданої, відповідно, постанови було внесено зміни. Зокрема, Постановою Кабінету Міністрів України «Про запобігання поширенню на території України коронавірусу COVID-19» від 11 березня 2020 р. № 211 було запроваджено два карантинних заходи: заборону відвідування закладів освіти її здобувачами та обмеження проведення масових заходів, в яких беруть участь понад 200 осіб. Аналіз вказаних актів дає змогу дійти висновку, що обмеженню піддаються такі права та свободи: 1) свобода мирних зібрань та асоціацій (ст. 11 ЄКПЛ) [4]; 2) право на освіту (ст. 2 Протоколу № 1 до ЄКПЛ) [29]; 3) свобода переміщення (ст. 2 Протоколу № 4 до ЄКПЛ) [30]; 4) право на повагу до приватного та сімейного життя (ст. 8 ЄКПЛ) [4]; 5) право на власність через заборону зайняття окремими видами підприємницької діяльності (ст. 1 Протоколу № 1 до ЄКПЛ) [29]. Відповідно до ст. 64 Конституції України, «конституційні права і свободи людини та громадянина не можуть бути обмежені, окрім випадків, передбачених Конституцією України; в умовах воєнного або надзвичайного стану можуть встановлюватися окремі обмеження прав та свобод із зазначенням строку дії цих обмежень». Тобто виключно режим надзвичайного стану, а не надзвичайної ситуації передбачає можливість обмеження конституційних прав та свобод громадян і прав та законних інтересів юридичних осіб. Підтвердженням цієї позиції може слугувати пункт 3.2 Рішення Конституційного Суду України від 22 серпня 2020 р., в якому вказано, що «обмеження конституційних прав та свобод людини і громадянина може встановлюватися виключно Законом – актом, ухваленим Верховною Радою України, що є єдиним органом законодавчої влади в Україні. Встановлення такого обмеження підзаконним нормативним актом суперечить ст.ст. 1, 3, 6, 8, 19, 64 Конституції України» [31].

Натомість, усупереч наведеним процедурам та умовам, виключно виконання яких є підставою для можливого обмеження прав та свобод людини та громадянина, Україною відступ від деяких своїх зобов'язань, передбачених ЄКПЛ та Протоколами до неї, було зроблено з явними порушеннями, що неминуче матиме негативні наслідки.

Преамбула ЄКПЛ проголошує, що «уряди європейських держав мають спільну спадщину політичних традицій, ідеалів, свободи і верховенства права» [4]. Видається, що нині є можливим консенсус щодо обов'язкових елементів поняття «верховенство права». Цими елементами є, зокрема, законність, включаючи прозорий, підзвітний та демократичний процес введення в дію приписів права. Цей принцип означає, що приписів права слід неухильно дотримуватись. Ця вимога поширюється не лише на фізичних осіб, а й на владні структури, суб'єкти публічного та приватного характеру. Оскільки необхідна умова законності висувається до діяльності посадових осіб, вона також вимагає, щоб посадові особи мали відповідні повноваження та діяли в їх межах [32, с. 177–178]. Юридична визначеність вимагає, щоб держава дотримувалась законів, що запровадила, та застосовувала їх у передбачуваний спосіб та з логічною послідовністю. Вона також означає, що держава загалом має дотримуватись взятих на себе певних зобов'язань, виконувати покладені на неї певні функції чи проголошені нею перед громадянами певні обіцянки (поняття «законні очікування») [32, с. 178–179]. Саме ці вимоги не були дотримані державними органами України та є порушенням принципу верховенства права. Нинішня пандемія спонукала багатьох філософів, теоретиків-політиків та вчених-юристів нагадати нам про Карла Шмітта – теоретика, який стверджував, що «надзвичайний стан – це момент, який показує, хто у державі насправді є сувереном». На його думку, «на закони

та навіть Конституцію можуть не звертати увагу, коли справжній суверен, як правило, Президент або Прем'єр-міністр, оголошує надзвичайний стан» [25].

Висновки. Заходи боротьби з COVID-19 становлять серйозний виклик головній меті сучасного конституціоналізму – обмежити державну владу з метою збереження свободи. Деякі з цих втручань є прямими, тому їх легше розпізнати, наприклад, політика «локдауну» суперечить чи обмежує низку основних свобод. Інші втручання у права людини можуть бути досить непрямими, і це ускладнює оцінку шкоди, якої вони завдають. Наприклад, вплив пан-

демії на економіку неминуче обмежить можливості держав брати участь у політиці захисту прав людини, що має значну економічну вартість.

Будь-яке так зване «надзвичайне законодавство» завжди становить ризик задля верховенства права, оскільки після створення прецеденту відступу від будь-якого основного права не може бути виключена можливість того самого обмеження в майбутньому. Саме тому слід неухильно дотримуватись вимог, що ставляться міжнародною спільнотою, до запровадження відповідних надзвичайних заходів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Coronavirus COVID-19 Global Cases by the Center for Systems Science and Engineering (CSSE) at John Hopkins. *Johns Hopkins University & Medicine* : website. URL: <https://coronavirus.jhu.edu/map.html> (дата звернення: 06.04.2021).
2. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : міжнародний договір від 16 грудня 1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_043#Text (дата звернення: 06.04.2021).
3. American convention on human rights 22 November 1969. URL: <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (accessed date: 06.04.2021).
4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод, ратифікована Законом України від 17 липня 1997 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text] (дата звернення: 06.04.2021).
5. Hafner-Burton E.M., Helfer L.R., Fariss C.J. Emergency and Escape: Explaining Derogations from Human Rights Treaties. *International Organization*. 2011. Vol. 65. № 4. P. 673–707.
6. Neuman G.L. Constrained Derogation in Positive Human Rights Regimes / in ed. E.J. Criddle. *Human Rights in Emergencies*. Cambridge: Cambridge University, 2016. P. 15–31.
7. Jovičić S. COVID-19 restrictions on human rights in the light of the case-law of the European Court of Human Rights. *ERA Forum* 2021. 2020. P. 545–560. URL: <https://rdu.be/ceUKY> (accessed date: 06.04.2021).
8. ICTY, The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, IT-94-1-A, 2 Oct., 1995, § 70.
9. Лоулесс проти Ірландії : Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 1 липня 1961 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/rus?i=001-57518> (дата звернення: 06.04.2021).
10. Denmark, Norway, and Sweden v. Greece : Proceedings in Council of Europe on Obligations of Greece Under European Convention on Human Rights. 1967. *International Legal Materials*. № 6(6), P. 1065–1067. DOI: 10.1017/S0020782900051767
11. Last JM, editor. A dictionary of epidemiology, 4th edition. *New York: Oxford University Press*. 2001. P. 1–219
12. Doshi P. The elusive definition of pandemic influenza. *Bulletin of the World Health Organisation*. 2011. P. 532–538.
13. Aginam O. International Law and Communicable Diseases. *Bulletin of the World Health Organisation*. 2002. Is. 80(12). P. 946–951. DOI: 10.1590/S0042-96862002001200008
14. Note verbale from the Permanent Representation of Armenia to the Council of Europe, dated 19 March 2020 / Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/16809cf885> (дата звернення: 06.04.2021).
15. Note verbale from the Permanent Representation of Estonia to the Council of Europe, dated 20 March 2020 / Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/16809cfa87> (дата звернення: 06.04.2021)
16. Note verbale from the Permanent Representation of Georgia to the Council of Europe, dated 21 March 2020 / Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/16809cff20> (дата звернення: 06.04.2021).
17. Note Verbale from the Permanent Representation of Latvia, dated 16 April 2020 / Council of Europe. URL: <https://rm.coe.int/16809e2bd8> (дата звернення: 06.04.2021).
17. Пандемія та права людини в Америці : Резолюція Міжамериканської комісії з прав людини від 10 квітня 2020 р. URL: <https://www.oas.org/en/iachr/decisions/pdf/Resolution-1-20-en.pdf> (дата звернення: 06.04.2021).
18. Health Protection (Coronavirus, Restrictions) (England) Regulations : S.I. 2020/350. URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukSI/2020/350/regulation/6/made> (accessed date: 06.04.2021).
19. Prescribing the general measures necessary to deal with the covid-19 epidemic in the context of the state of health emergency : Decree No. 2020-293 of March 23, 2020. URL: www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGISCTA000041778090/2020-04-02/ (accessed date: 06.04.2021).
20. Law against coronavirus control of : from March 30, 2020. URL: <https://njt.hu/jogszabaly/2020-12-00-00.2> (accessed date: 06.04.2021).
21. Conclusion of the Government of the Republic of Serbia : No. 53-2928/2020. URL: <https://www.propisi.net/zakljucak-vlade-05-broj-53-2928-2020/> (accessed date: 06.04.2021).
22. Decision Oberverwaltungsgericht Mecklenburg-Vorpommern from April 9, 2020 on court case № 2 KM 281/20 OVG. URL: https://www.mv-justiz.de/serviceassistent/_php/download.php?datei_id=1623896 (accessed date: 06.04.2021).
23. Decision Oberverwaltungsgericht Nordrhein-Westfalen from July 6, 2020 on court case № 13 B 940/20.NE. URL: <https://openjur.de/u/2241878.html> (accessed date: 06.04.2021).
24. Scheinin M. COVID-19 Symposium: To Derogate or Not to Derogate? *Opinio Juris*: website. URL: <http://opiniojuris.org/2020/04/06/covid-19-symposium-to-derogate-or-not-to-derogate/> (accessed date: 06.04.2021).
25. Greene A. Derogating from the European Convention on Human Rights in Response to the Coronavirus Pandemic: If not Now, When? *Forthcoming, European Human Rights Law Review*. 2020. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3593358>
26. Мехмет Хасан Алтан проти Туреччини : Рішення Європейського суду з прав людини у справі від 20 березня 2018 р. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-181862> (дата звернення: 06.04.2021).
27. Про переведення єдиної державної системи цивільного захисту у режим надзвичайної ситуації : Розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 березня 2020р. No 338-р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/338-2020-%D1%80#n5> (дата звернення: 06.04.2021).
28. Перший протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний договір від 20 березня 1952 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535 (дата звернення: 06.04.2021).
29. Четвертий протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : міжнародний договір від 16 вересня 1963 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_059#Text (дата звернення: 06.04.2021).
30. Рішення Конституційного Суду України від 28 серпня 2020 року у справі за конституційним поданням Верховного Суду щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень постанови Кабінету Міністрів України «Про встановлення карантину з метою запобігання поширенню на території України гострої респіраторної хвороби COVID-19, спричиненої корона вірусом SARS-CoV-2, та етапів послаблення протиепідемічних заходів», положень частин першої, третьої статті 29 Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік», абзацу дев'ятого пункту 2 розділу II «Прикінцеві положення» Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про Державний бюджет України на 2020 рік» (No 1-14/2020(230/20)). URL: http://www.ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/10_p_2020.pdf (дата звернення: 06.04.2021).
31. Про верховенство права: Доповідь Венеціанської Комісії № 512/2009 від 25–26 березня 2011 р. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD\(2011\)003rev-ukr](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2011)003rev-ukr) (дата звернення: 06.04.2021).

ПРОБЛЕМИ ТА СТАН ВИКОНАННЯ УКРАЇНОЮ РІШЕНЬ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

PROBLEMS AND THE EXECUTION STAGE OF IMPLEMENTATION BY UKRAINE OF THE DECISIONS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Чорнобривець Є.Є., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Шрамченко К.М., студентка V курсу

*Інститут прокуратури та кримінальної юстиції
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

На початку статті автори проаналізували особливості виконання рішень Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ) в Україні. Надалі автори дослідили наявні проблеми та загальний стан виконання Україною рішень ЄСПЛ. Також автори навели статистику по країнам, з яких частіше всього звертаються громадяни через порушення їхніх прав, гарантованих Європейською Конвенцією з прав людини (далі – ЄКПЛ) та зазначили про місце України в ній на кінець 2020 року. Зокрема, авторами було проаналізовано рішення щодо низки статей, з порушенням яких частіше всього звертаються особи, що перебувають під юрисдикцією держави Україна до суду. Авторами було зазначено, що найбільш актуальними є звернення з таких обставин: найчастіше звертаються до ЄСПЛ, зокрема: через надмірну тривалість розгляду цивільних та кримінальних справ у судах; неналежні умови тримання під вартою; порушення права на справедливий судовий розгляд. Автори розглянули рішення щодо порушень державою Україною змістовного наповнення статті 2 ЄКПЛ та проаналізували такі рішення, як справа «Андрєєва проти України», справа «Риженко проти України». Також було розглянуто низку рішень щодо статті 3, а саме – заборона катувань в таких актуальних рішеннях, як: справа «Сукачов проти України», справа «Онищенко та інші проти України», справа «Іванко проти України». Крім цього, було розглянуто рішення стосовно статті 6 Право на справедливий судовий розгляд у контексті розумних строків у такому рішенні, як справа «Закутній проти України». Також автори зазначили про роль засідань Комітету Міністрів Ради Європи щодо забезпечення виконання рішень ЄСПЛ щодо України в контексті порушень наведених статей ЄКПЛ. Крім цього, у статті проаналізовано сучасні заходи, які Україна намагається вживати задля виконання вимог, що викладаються в рішеннях ЄСПЛ та мінімізації подальших скарг проти України до Суду. Наприкінці автори узагальнили висновки стосовно порушених статей.

Ключові слова: Європейський суд з прав людини, судові рішення, права людини, право на життя, заборона катувань, право на справедливий суд.

At the beginning of the article, the authors analyzed the features of the implementation of the decisions of the European Court of Human Rights (hereinafter – the ECHR) in Ukraine. Further, the authors investigated the existing problems and the state of implementation of ECHR decisions in Ukraine. The authors also provided statistics on the countries from which citizens most often apply for violations of their rights guaranteed by the European Convention of Human Rights. Also, the authors noted the place of Ukraine in this statistic at the end of 2020. In particular, the authors analyzed the decisions on several articles that Ukraine mostly violates. The authors noted that persons under the jurisdiction of the state of Ukraine most often apply to the ECHR upon the excessive length of civil and criminal cases in the courts; inadequate conditions of detention; violation of the right to a fair trial. The authors explored the decision on Article 2 of the ECHR, and analyzed such decisions as *Andreeva v. Ukraine*, *Ryzhenko v. Ukraine*. Several decisions on Article 3 were also considered. They apply the prohibition of torture in such decisions as *Sukachov v. Ukraine*, *Onishchenko, and Others v. Ukraine*, and *Ivanko v. Ukraine*. Also, the decision on Article 6 of the right to a fair trial in the context of a reasonable time was considered in a decision *Zakutny v. Ukraine*. The authors also noted the role of the meetings of the Committee of Ministers of the Council of Europe in ensuring the implementation of ECHR decisions on Ukraine in the context of breach of the European Convention of Human Rights. Besides, the article analyzes the current measures that Ukraine tries to take to comply with the requirements set out in the decisions of the ECHR. Also, these measures are necessary to minimize further complaints against Ukraine to the Court. Finally, the authors summarized the conclusions for violated articles.

Key words: European Court of Human Rights, court decisions, human rights, right to life, prohibition of torture, right to a fair trial.

Постановка проблеми. Оскільки Україна взяла на себе обов'язок виконувати рішення ЄСПЛ у справах проти України, усунути причини порушення Україною ЄКПЛ і протоколів до неї, із впровадженням в українське судочинство та адміністративну практику європейських стандартів прав людини важливим є аналіз сучасного стану виконання цих рішень. Важливість базується на тому, що, попри взяті на себе обов'язки, Україна посідає перші місця серед країн серед держав-учасниць за кількістю заяв в ЄСПЛ.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблему визначення стану та виконання Україною рішень ЄСПЛ було досліджено багатьма українськими науковцями, серед яких варто відмітити Камінську Н.В., Косяка Н.В., Шевчука С.В., Сащенко М.І. та інших.

Виклад основного матеріалу. Виконання рішень ЄСПЛ є особливим видом дотримання державами міжнародних норм, що проявляється у формі певного правового зобов'язання держави, яка є відповідачем. Під час цього об'єднуються зусилля всіх гілок влади щодо виправлення виявлених порушень та приведення чинних законів у від-

повідність з основними стандартами та принципами, які виробляє ЄСПЛ у своїх рішеннях. Перш за все, механізми імплементації таких стандартів покладаються на виконавчу гілку влади, задля вироблення певних засобів усунення зазначених недоліків. Крім того, важливою є судова влада, оскільки саме вона і формує судову практику та інтерпретує в рішеннях стандарти ЄСПЛ. Дотримання цих норм регулюється ЄКПЛ. Контроль за виконанням державою зобов'язань розглядається на спеціальних засіданнях Комітету Міністрів Ради Європи. Порядок виконання рішень суду регулюється національним законодавством, перш за все Законом України «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини». На відміну від національних судів, ЄСПЛ не видає виконавчих листів, тому особа не повинна самостійно пред'являти рішення до виконання або в будь-який спосіб стимулювати його виконання. Держава зобов'язана сама виконати рішення Суду на користь особи [1, с. 253]. Не дивлячись на те, що Україна виконує рішення ЄСПЛ за індивідуальними скаргами, існує проблема імплементації в національне законодавство європейських стандартів

прав людини, а тому численні скарги зі схожими обставинами до ЄСПЛ продовжують надходити. ЄСПЛ щорічно готує доповідь про порушення статей Конвенції країнами, станом на 2020 рік Україна посідає третє місце, попереду тільки Туреччина та РФ. Найбільша кількість звернень до ЄСПЛ стосувались статей щодо катування чи нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження, відсутності ефективного розслідування, права на справедливий суд, тривалості провадження [2].

За допомогою звернення до наведених нижче справ, на нашу думку, можливо подолати низку проблем правового характеру, що пов'язані з неімплементацією стандартів ЄСПЛ у національне законодавство. Так, стосовно порушень статті 2 ЄКПЛ варто зазначити про таке рішення, як «Андрєєва проти України» в контексті систематичного невиконання процесуального аспекту статті. У цій справі звернення було від жінки щодо порушення кримінальної справи за фактом вбивства її сина. Вона зазначила про те, що працівники міліції закатували до смерті її сина, а після цього не відбулось ефективного розслідування за фактом вбивства. Вона, поміж іншим, зазначила про порушення статті 2 ЄКПЛ. Суд постановив, що було порушено процесуальний аспект статті 2 ЄКПЛ. Він полягає в тому, що від держави вимагається наявність певної форми ефективного розслідування, якщо є підстави вважати, що особа зазнала небезпечних для життя травм за підозрілих обставин, навіть якщо ймовірною особою, яка вчинила злочин, не є представник держави [3].

Також варто зазначити про справу «Риженко проти України». Заявниця зазначила про факт смерті свого сина. Однак розслідування обставин смерті її сина було тривалим та неефективним. Суд знову наголосив, що якщо смерть сталася за підозрілих обставин, залишаючи вірогідним припущення про умисне позбавлення життя, держава має забезпечити певну форму ефективного офіційного розслідування. У цій справі розслідування обставин смерті сина заявниці тривало понад п'ять із половиною років і не принесло реальних результатів [4]. Більш того, протягом цього значного періоду часу органами досудового слідства не було докладено розумних зусиль для встановлення істини. Отже, беззаперечно знову відбулось порушення процесуального аспекту ст. 2 ЄКПЛ щодо неефективності розслідування справи.

Задля того, щоб виконати вимоги ЄСПЛ, які виникають у зв'язку з порушенням процесуального аспекту статті 2 України, потрібно реалізовувати закони України щодо досудового розслідування з урахуванням вже наявних рішень суду. Це стосується КПК і Закону України «Про прокуратуру» і низки інших. Оскільки зазначені порушення пов'язані з неналежною практикою застосування діючого законодавства. Більш того, така практика Суду є вкрай негативною для України, оскільки, перш за все, вона свідчить про наявну системну проблему неефективного розслідування у справах, що стосуються смерті особи. На нашу думку, держава має приділяти та вживати належні зусилля для формування та втілення в життя саме позитивної практики застосування законодавства і втілення стандартів, які зазначаються в рішеннях Суду.

Наступним варто зазначити про деякі аспекти порушень статті 3 ЄКПЛ щодо заборони катувань. Так, у рішенні «Сукачов проти України» заявник стверджував, зокрема, що умови тримання його під вартою під час досудового слідства та перевезення до суду і тримання його там у дні проведення судових засідань були нелюдськими та такими, що принижують гідність. Це проявлялось в тому, що були порушені норми щодо особистого простору на кожного ув'язненого – 4 м² простору на особу [5]. Також ЄСПЛ вкотре зазначив про цю повторювану проблему, яка є в основі низки порушень Україною статті 3, в результаті чого було визнано порушення цієї статті. Також у справі «Онищенко та інші проти України»

заявники скаржилися, крім іншого, на неналежні умови тримання їх під вартою, де площа на одного ув'язненого була менше 4 м² [6]. Суд вкотре постановив, що зазначені скарги із подібними обставинами свідчать про порушення 3 статті ЄКПЛ. Тобто знову відбувається систематичне невиконання Україною положень Конвенції.

Щодо іншого аспекту статті 3 ЄКПЛ, а саме заборони катувань, то можна звернути увагу на рішення «Іванко проти України». За обставинами справи заявник звернувся зі скаргою про катування з боку працівників правоохоронних органів. Також він зазначив про те, що на його скаргу стосовно зазначених дій не було проведено ефективного розслідування [7]. Отже, суд дослідивши всі обставини справи вирішив, що був порушений процесуальний аспект статті 3 Конвенції, а саме сумлінне та ретельне проведення розслідування органами державної влади твердження заявника про катування з боку правоохоронних органів.

Таким чином, можна констатувати про наявність факту систематичного порушення Україною 3 статті ЄКПЛ. Скарги, що стосуються неналежних умов тримання під вартою, та скарги щодо процесуального аспекту статті 3, що полягає в адекватному реагуванні на факти жорстокого поводження та матеріального аспекту, тобто безпосереднього жорстокого поводження, надходять до Суду дуже часто. Тому необхідним є врегулювання зазначеної проблеми.

Разом із тим слід наголосити, що Україна намагається усувати подібні порушення. Так, проводяться спільні наради керівників правоохоронних та інших державних органів із проблематики виконання Україною рішень ЄСПЛ щодо норми площі менше 4 м² на особу, розглядається їхній незадовільний санітарно-технічний стан, недостатнє або неякісне харчування в контексті того, що такі порушення констатовані ЄСПЛ. Такі порушення констатовано ЄСПЛ у 115 справах щодо України. Із них 71 перебуває на контролі Комітету Міністрів Ради Європи як невиконані [8].

Проте потрібно зазначити, що усунення цих порушень можливо тільки у випадках вжиття регулярних системних заходів шляхом внесення змін до чинного законодавства та створення спеціальних фінансових програм, які були б направлені на створення належних умов для тримання осіб. Крім цього, Україна має імплементувати та, що є найголовнішим, виконувати стандарти, які зазначаються в ЄСПЛ, до прикладу Рекомендацію Rec(99)22 Комітету міністрів Ради Європи щодо переповненості в'язниць і збільшення кількості ув'язнених, Рекомендацію Rec(2000)22 щодо вдосконалення реалізації європейських правил стосовно громадських санкцій та заходів, Рекомендацію Rec(2006)13 щодо застосування тримання під вартою, умов, в яких воно відбувається, та запровадження гарантій проти зловживань.

Між іншим до ЄСПЛ направляється велика кількість скарг, що стосуються права на справедливий суд. Одним з аспектів, що порушується, є розумні строки, які гарантовані 6 статтею ЄКПЛ. Так, у справі «Закутній проти України» заявник, зокрема, скаржився на надмірну тривалість кримінального провадження, що була несумісною з вимогою «розумного строку». Він посилався на пункт 1 статті 6 [9]. ЄСПЛ у своїх рішеннях неодноразово робив висновок про критерії, за якими має визначатися та оцінюватися розумність тривалості провадження. Дослідивши дану справу ЄСПЛ виніс рішення про порушення розумних строків тривалості кримінального провадження.

Крім цього, існує показова справа «Меріт проти України», в якій ЄСПЛ викладав висновки, що під час встановлення порушень розумних строків потрібно керуватись періодом часу, об'єктивно необхідним для процесуальних дій у провадженні, прийнятті процесуальних рішень, а також для розгляду справи та вирішення справи з метою своєчасного судового захисту.

Щодо розумності строків у цивільному провадженні, то потрібно враховувати юридичну та фактичну складність справи, поведінку заявника, а також поведінку інших осіб, які беруть участь під час провадження та сторони в ньому, поведінку компетентних органів (перш за все, поведінку суду), характер процесу. Багато країн, запозичивши вироблені критерії ЄСПЛ, вже мають засоби правового захисту щодо скарг осіб за порушення розумних строків. В Україні питання захисту права особи у кримінальному чи цивільному провадженні захищається не так ефективно, як в інших державах. Така ситуація призводить до обмеження цього права і порушення п.1 ст. 6 ЄКПЛ. ЄСПЛ неодноразово звертав увагу на порушення цієї статті і наголошував на важливості змін в законодавстві для подолання зазначеної проблеми.

Тому, на нашу думку, необхідним є напрацювання механізмів правового захисту, призначених для вироблення правового захисту, призначеного для прискорення провадження у справі з метою запровадження розумних строків. Разом із цим ефективним може бути компенсаційний захід, що полягає в отриманні певної форми компенсації за недотримання розумних строків. Такі форми запроваджені в державах, щодо яких було встановлено рішення з порушенням розумних строків, ними, зокрема, є: Болгарія, Литва, Польща та інші.

Слід зазначити, що в контексті виконання рішень ЄСПЛ Комітет Міністрів Ради Європи є статутним органом Ради Європи, на якого покладено функцію нагляду за виконанням рішень ЄСПЛ шляхом координованої консенсуальної політичної та дипломатичної підтримки процесу виконання. Кожна справа включається до порядку денного

кожного засідання Комітету міністрів, до тих пір, поки країна не надасть інформацію про справедливую сатисфакцію, що була встановлена Судом. Крім того, КМРС може висловлювати занепокоєння із приводу невиконанням рішень ЄСПЛ, що негативно відобразиться на державі.

Слід зазначити, що задля подолання зазначених проблем постановою Кабінету Міністрів України від 1 березня 2020 року № 258 було утверджено створення Комісії з питань виконання рішень ЄСПЛ, що, зокрема, має розробляти механізми усунення системних і структурних проблем, констатованих у рішеннях ЄСПЛ, та запобігати виникненню таких проблем у майбутньому, удосконалювати нормативно-правову базу, вивчати результати діяльності центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій з питань виконання рішень ЄСПЛ [10]. Зазначена комісія має виконувати покладені на неї завдання та усувати проблему імплементації стандартів ЄСПЛ у національне законодавство.

Таким чином, Україна посідає одне з перших місць серед держав-членів Ради Європи за кількістю справ проти неї, пов'язаних із порушеннями ЄКПЛ. Така статистика є вкрай негативною та підкріплює стурбованість щодо реалізації європейських стандартів у чинне законодавство. Велика кількість скарг стосується неефективного розслідування фактів вбивств, порушення умов тримання під вартою, жорстокого поводження з боку працівників правоохоронних органів та факту розслідування таких заяв, затягування розумних строків тривалості провадження. Україні необхідно імплементувати рішення ЄСПЛ задля покращення рівня захисту прав особи на території своєї держави.

ЛІТЕРАТУРА

1. Камінська Н.В., Косяк Н.В. Проблеми виконання в Україні рішень Європейського суду з прав людини. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. 2017. № 1. С. 250–261.
2. Violations by Article and by State URL : https://www.echr.coe.int/Documents/Stats_violation_2020_ENG.pdf (last accessed: 17.04.2021).
3. Рішення «Андреева проти України» від 29 січня 2019 року URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_d04#Text (дата звернення: 17.04.2021).
4. Рішення «Риженко проти України» від 30 липня 2015 року URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_a73#Text (дата звернення: 17.04.2021).
5. Рішення «Сукачов проти України» від 30 січня 2020 року URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_f12#Text (дата звернення: 17.04.2021).
6. Рішення «Онищенко та інші проти України» від 14 листопада 2019 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e73#Text (дата звернення: 17.04.2021).
7. Рішення «Іванко проти України» від 05 березня 2020 року URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e80#Text (дата звернення: 17.04.2021).
8. Проблемні питання виконання Україною Рішень ЄСПЛ щодо порушень прав людини у місцях несвободи. URL : <https://minjust.gov.ua/news/ministry/problemni-pitannya-vikonannya-ukrainoyu-rishen-espl-schodo-porushen-prav-lyudini-u-mistsyah-nesvobodi-yak-zminitsi-situatsiyu> (дата звернення: 17.04.2021).
9. Рішення «Закутній проти України» від 06 лютого 2020 року. URL : https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/974_e83#Text (дата звернення: 17.04.2021).
10. Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Комісії з питань виконання рішень Європейського суду з прав людини» від 1 квітня 2020 р. № 258. URL : <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/258-2020-%D0%BF#n12> (дата звернення: 17.04.2021).

КОНЦЕПЦІЯ «ПРАВОМІРНЕ ОЧІКУВАННЯ» У ПРАКТИЦІ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ

THE CONCEPT OF “LEGITIMATE EXPECTATION” IN PRACTICE OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Шевченко І.Ю., студент І курсу магістратури

*Інститут підготовки кадрів для органів юстиції України
Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого*

Стаття присвячена характеристиці концепції «правомірне очікування» як різновиду розуміння поняття «майно» у контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод. Тлумачення Європейським судом з прав людини поняття «майно» є автономним, внаслідок чого захисту підлягає не тільки «наявне майно», але і «правомірне очікування».

Автором розкрито як загальні, так і спеціальні ознаки правомірного очікування. Визначено специфіку загальних ознак майна стосовно правомірного очікування. Особу увагу акцентовано на достатності підстав у національному праві як на спеціальній ознаці, наведено приклади таких підстав з посиланням на рішення Європейського суду з прав людини. Доведено можливість адміністративного акта бути достатньою підставою, на якій базується «правомірне очікування» особи, навіть у тому разі, якщо його прийнято з порушенням процедури або перевищенням повноважень, але лише тоді, коли особа діяла добросовісно.

З'ясовано наявність проблеми термінологічної невизначеності, у зв'язку з чим наведено аргументи щодо доцільності використання саме терміна «правомірне очікування» як такого, що відображає сутність явища, яке досліджується. Здійснено аналіз практики національних судових органів стосовно застосування конструкції «правомірне очікування», а також наведено приклади такого застосування.

Розглянуто застосування Європейським судом з прав людини концепції «правомірне очікування» у вирішенні справ, у яких розглядаються скарги про порушення державою інших статей, аніж статті 1 Першого протоколу, за підсумками чого висловлено припущення про можливість поширення дії концепції правомірного очікування на інші статті Конвенції.

За результатами проведеного дослідження зроблено висновки, які можуть стати підґрунтям майбутніх наукових досліджень.

Ключові слова: правомірне очікування, майно, власність, Європейський суд з прав людини.

The article is devoted to the characterization of the concept of “legitimate expectation” as a kind of understanding of the concept of “possessions” in the context of Article 1 of the First Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. The interpretation of the concept of “possessions” by the European Court of Human Rights is autonomous, as a result of which not only “existing possessions” but also “legitimate expectation” is subject to protection.

The author reveals both general and special features of “legitimate expectation”. The specifics of the general features of “possessions” in relation to the “legitimate expectation” are determined. Particular attention is paid to the sufficiency of grounds in national law as a special feature, examples of such grounds are given with reference to the decision of the European Court of Human Rights. The possibility of an administrative act to be a sufficient ground on which a person’s “legitimate expectation” is based has been proved, even if it was adopted in violation of the procedure or in excess of authority, but only if the person acted in good faith.

The existence of the problem of terminological uncertainty is clarified, in connection with which arguments are given as to the expediency of using the term “legitimate expectation” as one that reflects the essence of the phenomenon under study. An analysis of the practice of national courts regarding the application of the construction of “legitimate expectation”, as well as examples of such application.

The application by the European Court of Human Rights of the concept of “legitimate expectation” in cases dealing with complaints of violations by the State of articles other than Article 1 of the Protocol No 1 is considered.

Based on the results of the study, conclusions were made that may be the basis for future research.

Key words: legitimate expectation, possessions, property, European Court of Human Rights.

Право власності є одним з головних прав людини і підґрунтям ринкової економіки, головною передумовою розвитку якої є існування правових механізмів, які уможливають вільне володіння, користування та розпорядження власниками своїм майном та забезпечують належний захист від свавільного втручання держави чи інших осіб. Одним із таких механізмів є Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (далі – Конвенція), яка у статті 1 Першого протоколу до неї гарантує кожній фізичній або юридичній особі «право мирно володіти своїм майном» [1].

Поняття «майно» посідає центральне місце у статті 1 Першого протоколу до Конвенції. За допомогою методу автономного тлумачення Європейський суд з прав людини (далі – Суд, ЄСПЛ) розробив таке розуміння майна, яке «може значно відрізнятися від змісту, що вкладається у нього в національних правових системах держав-учасниць Конвенції» [2, с. 283] або, як зазначив Суд, «є незалежним від формальної класифікації в національному праві» [3]. «Майном може бути або «наявне майно», або активи, включно з правом вимоги, щодо яких заявники можуть стверджувати, що вони мають принаймні «правомірне очікування» отримати можливість ефективною реалізації майнового права» [4]. Поняття «правомірне очікування» в контексті статті 1 Першого протоколу до Конвенції було вперше застосоване Судом у справі “Pine

Valley Developments Ltd and Others v. Ireland” [5] і надалі розвивалося у його практиці.

Варто зауважити, що в науковій літературі, а також у національній судовій практиці для позначення явища, яке досліджується, застосовуються різні терміни, а саме: «законні очікування» [6], «правомірні очікування» [7], «легітимні очікування» [8]. Здебільшого вони вживаються як синоніми. У цій роботі використовується термін «правомірне очікування», обґрунтування чому буде надане далі.

Наведене вище дає змогу зробити висновок, що «правомірне очікування» є видом майна, тому для повної характеристики конструкції, яка є об'єктом дослідження, необхідно розглянути ознаки останнього, які поширюються на перше, для якого вони є загальними. Так, Б.П. Карнаух виділяє такі ознаки майна, як: 1) змістова характеристика (економічна цінність, яка більш-менш точно може бути виражена в грошовому еквіваленті); 2) галузева належність (є цивільним за своєю природою) та 3) визначеність (належність особі майнового права) [9, с. 207–209]. О.І. Антонюк дотримується погляду, що двома основними ознаками «приналежності об'єкта до майна» в контексті статті 1 Протоколу є: 1) економічна цінність; 2) наявність прав на майно або «законних (правомірних, виправданих) сподівань» ефективно скористатися майном» [10, с. 16]. Таку ж думку має і С.О. Сліпченко [6, с. 68].

Отже, беззаперечною ознакою майна є його економічна цінність, яка більш-менш точно може бути виражена в грошовому еквіваленті. Ця ознака має певну специфіку стосовно правомірного очікування, цінність якого є рівнозначною цінності блага, про «правомірне очікування», на отримання ефективного користування яким заявник може сподіватися. Крім того, «правомірне очікування» має бути наявним, тобто існувати реально, а не потенційно, і належати конкретній особі, оскільки не може існувати абстрактно, у відриві від суб'єкта. Не можна говорити про наявність правомірного очікування, якщо особа стверджує, що воно появиться у неї у майбутньому, адже у такому разі виникне ситуація, коли особа розраховує на те, що вона буде сподіватися на певний стан речей у майбутньому.

Першою спеціальною ознакою правомірного очікування є «пов'язаність з наслідками, на виникнення яких особа законно сподівається» [6, с. 69]. Інакше кажучи, особа «правомірно очікує» на появу у неї майна у майбутньому.

Для того, аби вимогу можна було вважати «активом», що підпадає під дію статті 1 Першого протоколу, заявник повинен довести, що вона має достатню основу в національному праві, наприклад, що існує усталена судова практика національних судів на її підтвердження. Якщо це вдалося зробити, у гру вступає концепція «правомірне очікування» [11]. Отже, друга спеціальна ознака правомірного очікування – достатність підстав у національному праві. Такою підставою може бути норма права, яка міститься не тільки в законі як законодавчому акті парламенту, але й підзаконному акті, що може надавати особі майнове право [12]. Також достатньою підставою у національному праві є усталена практика національних судових органів, якою підтверджується існування майнового права [13]. Суд визнає остаточне судове рішення, прийняте на користь заявника, за підґрунтя правомірного очікування [14], що відповідає принципу *res judicata* та принципу виконання остаточного судового рішення. Не викликає сумнівів і положення договору як підстава правомірного очікування [15].

Водночас немає єдності думок стосовно адміністративного акта як підстави, на якій базується правомірне очікування [10, с. 14; 16, с. 220]. Вважаємо, що оскільки адміністративний акт може надавати майнове право, то відповідно може бути такою підставою. «Правомірне очікування» може ґрунтуватися навіть на адміністративному акті, який прийнято з порушенням процедури або перевиршенням повноважень, у тому разі, якщо особа діяла добросовісно, тобто не знала й не могла знати про допущені адміністративним органом помилки у разі прийняття відповідного акта. Опосередковано ЄСПЛ це підтвердив у справі «Рисовський проти України»: «Аналізуючи відповідність цього мотивування Конвенції, Суд підкреслює особливу важливість принципу «належне урядування». Він передбачає, що у разі, коли йдеться про питання загального інтересу, зокрема, якщо справа впливає на такі основоположні права людини, як майнові права, державні органи повинні діяти вчасно та в належний і якомога послідовніший спосіб. Зокрема, на державні органи покладено обов'язок запровадити внутрішні процедури, які посилять прозорість і ясність їхніх дій, мінімізують ризик помилок і сприятимуть юридичній визначеності у цивільних правовідносинах, які зачіпають майнові інтереси. Принцип «належне урядування», як правило, не повинен перешкоджати державним органам виправляти випадкові помилки, навіть ті, причиною яких є їхня власна. Будь-яка інша позиція була б рівнозначною, *inter alia*, санкціонуванню неналежного розподілу обмежених державних ресурсів, що саме по собі суперечило би загальним інтересам. Інакше потреба виправити минулу «помилку» не повинна непропорційним чином втручатися в нове право, набуте особою, яка покладалася на правомірність добросовісних дій державного органу. Іншими

словами, державні органи, які не впроваджують або не дотримуються власних процедур, не повинні мати можливість отримувати вигоду від своїх протиправних дій або уникати виконання своїх обов'язків. Ризик будь-якої помилки державного органу повинен покладатися на саму державу, а помилки не можуть виправлятися за рахунок осіб, яких вони стосуються. У контексті скасування помилково наданого права на майно принцип належного урядування може не лише покладати на державні органи обов'язок діяти невідкладно, виправляючи свою помилку, а й потребувати виплати відповідної компенсації чи іншого виду належного відшкодування колишньому добросовісному власникові» [17]. Такий підхід відповідає і принципові верховенства права, елементом якого є правова визначеність [18, с. 16]. Натомість скасування адміністративним органом свого акта необхідно розуміти як втручання у право особи мирно володіти своїм майном, яке підлягає перевірці на критерії допустимості.

Сподівання на те, що право власності, яке давно припинилося, може бути відновлене, не може розглядатися як «майно»; це ж стосується умовної вимоги, яка втрачає силу внаслідок невиконання цієї умови. Крім того, не можна стверджувати, що виникає «правомірне очікування», якщо існує спір стосовно правильного тлумачення та застосування національного права і вимоги заявника згодом відхиляються національними судами [19].

Як уже зазначалося вище, для позначення концепції, яка досліджується, використовується низка термінів. Це пояснюється тим, що англійське слово “legitimate” (фр. “légitime”) може перекладатися як «законний», «виправданий», «легітимний», «правомірний». Втім така термінологічна невизначеність зумовлює неправильне уявлення про сутність конструкції. Не заперечуємо можливість використання інших термінів, але вважаємо, що доцільним є використання саме терміна «правомірне очікування», тому що він повноцінно відображає зміст явища, адже підґрунтя у національному праві не обмежується лише законом як законодавчим актом парламенту.

Окремий інтерес у межах цієї роботи становить застосування Конвенції і практики ЄСПЛ, яка стосується концепції «правомірне очікування», національними судами. В одних випадках суди посилаються на Перший протокол до Конвенції та/або практику ЄСПЛ, але не аргументують можливість застосування концепції правомірного очікування до конкретної ситуації [20]. Навряд чи такий підхід можна назвати належним. Натомість в інших випадках суди не обмежуються одними лише посиленнями і цитуваннями, а й докладно мотивують свою позицію. Наприклад, Полтавський окружний адміністративний суд у рішенні у справі № 440/1613/20 застосував Конвенцію та практику ЄСПЛ як джерело права та вказав, що позивач «має законні сподівання на отримання вихідної допомоги у розмірі не менше середнього місячного заробітку відповідно до частини першої статті 44 Кодексу законів про працю України, зважаючи на те, що пункт 1 статті 40 цього Кодексу, на підставі якого позивача було звільнено із обійманої посади, гарантує працівнику право на отримання вихідної допомоги у розмірі не менше середнього місячного заробітку відповідно до частини першої статті 44 Кодексу законів про працю України, а частина четверта статті 40 Кодексу законів про працю України не встановлює особливостей застосування положень статті 44 Кодексу законів про працю України до звільнення окремих категорій працівників з підстав, передбачених пунктом 1 частини першої статті 40 цього Кодексу» [21]. Згодом правильність такого висновку була підтверджена Касаційним адміністративним судом у складі Верховного Суду [22].

Іншим прикладом може слугувати постанова Касаційного господарського суду у складі Верховного Суду, який за результатами розгляду касаційної скарги у справі № 915/1792/18 зробив такий висновок: «Позивач, вико-

нуючи всі істотні умови договору, мав «правомірні очікування» та «законні сподівання» на продовження договору про встановлення сервітуту, оскільки у цьому разі «правомірні очікування» Позивача полягають в отриманні ефективного здійснення свого майнового права щодо користування майном, що є гарантією проти необґрунтованого позбавлення цього права зі спливом строку дії договору про встановлення сервітуту, і таке право є майном цієї особи у розумінні статті 1 Першого протоколу до Конвенції про захист прав людини та основних свобод» [23].

Тож можемо констатувати позитивну тенденцію, яка останнім часом також є стабільною, розуміння і застосування суддями концепції «правомірне очікування» у своїх рішеннях.

Насамкінець слід наголосити на застосуванні Судом концепції «правомірне очікування» у розумінні інших статей Конвенції. Зокрема, ЄСПЛ у рішенні у справі “Von Hannover v. Germany (No. 2)” вказав, що «за певних обставин, навіть коли особа відома широкому загалу, вона може покладатися на «правомірне очікування» захисту та поваги до свого приватного життя» [24]. Цей випадок не є єдиним. У наведеній справі Суд розробив низку загальних принципів, які він згодом використовував в інших рішеннях за цією статтею. Окрім того, про «правомірне очікування» згадується і в деяких інших рішеннях ЄСПЛ. Для прикладу, у справі “Mürsel Eren v. Turkey” Суд зазначив: «Справді, чітке формулювання нормативного акта дозволяє сумлінним студентам сформулювати правомірне очікування, що вони зможуть відвідувати студентський курс, на який вони отримали необхідні бали на іспиті. Інакше кажучи, якщо законодавство встановлює умови для вступу до університету і кандидати для прийому задовольняють цим умовам, вони мають право бути допущеними до цього університету» [25]. В останньому прикладі можна помітити схожість із формулюваннями, які ЄСПЛ використовує у рішеннях за статтею 1 Першого протоколу

до Конвенції. Таке застосування можна пояснити тим, що концепція правомірного очікування бере своє коріння з англійської судової практики у галузі адміністративного права [7, с. 223] і спрямована на захист особи від свавільних дій держави, є інструментом гарантування сталості правовідносин для конкретної особи не тільки у тому разі, коли йдеться про майнові права.

Хоча Суд і застосовує цю правову конструкцію стосовно інших статей Конвенції, але не розкриває її змістові характеристики. Європейський суд з прав людини як контрольний механізм, що забезпечує дотримання прав людини і основоположних свобод за Конвенцією, потенційно може розширити дію концепції «правомірне очікування» на всі статті або принаймні більшість з них, що неодмінно покращить стан захисту прав людини на європейській арені.

За підсумками нашого дослідження можна зробити низку висновків. По-перше, «правомірне очікування» як різновид майна наділене як загальними, так і спеціальними властивостями. Загальними ознаками є економічна цінність, наявність та належність конкретній особі, а спеціальними – пов’язаність з наслідками, на виникнення яких особа «правомірно очікує», і достатність підстав у національному праві. Такими підставами можуть бути закон, підзаконні акти, усталена практика національних судових органів, якою підтверджується існування майнового права, остаточне судове рішення, прийняте на користь заявника, договір, а також адміністративний акт. По-друге, результати аналізу національної судової практики підтверджують належне застосування судовими органами концепції «правомірне очікування». По-третє, застосування ЄСПЛ концепції «правомірне очікування» у разі вирішення справ, у яких розглядаються скарги про порушення державою інших статей, аніж статті 1 Першого протоколу до Конвенції, свідчить про універсальність цієї конструкції, а також про можливість захисту не тільки прав і свобод, але й правомірного очікування особи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Протокол до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : Протокол від 20.03.1952 № 994_535 База даних «Законодавство України». URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_535#Text (дата звернення: 22.04.2021).
2. Теорія та практика застосування Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод : компендіум / О.В. Сердюк, Ю.В. Щокін, І.В. Яковюк та ін. / за заг. ред. О.В. Сердюка, І.В. Яковюка. Харків : Право, 2017. – 374 с.
3. Judgment in the case of Suk v. Ukraine (Application No. 10972/05): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-103893%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
4. Judgment in the case of Menshakova v. Ukraine (Application No. 377/02): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-98115%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
5. Judgment in the case of Pine Valley Developments Ltd and Others v. Ireland (Application No. 12742/87): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-57711%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
6. Сліпченко С.О. Поняття законних очікувань як різновиду майна. *Форум права*. 2020. № 62(3). С. 66–76. URL: http://forumprava.pp.ua/files/066-076-2020-3-FP-Slipchenko_8.pdf (дата звернення: 23.04.2021).
7. Карнаух Б.П. Правомірні очікування в практиці Європейського суду з прав людини. *Актуальні проблеми приватного права* : матеріали наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народження В.П. Маслової (Харків, 19 лютого 2016 р.). Харків : Право, 2016. С. 223–225.
8. Белянєвич О.А. Поняття легітимних очікувань та проблеми його застосування судами України. *Приватне право і підприємництво*. 2016. Вип. 16. С. 41–45.
9. Карнаух Б.П. Поняття майна в контексті статті 1 Протоколу № 1 до Європейської конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. *Проблеми законності*. 2016. Вип. 132. С. 205–214.
10. Антоноук О.І. Щодо визначення поняття «майно» в практиці Європейського суду з прав людини. *Наукові праці Національного університету «Одеська юридична академія»*. 2016. Т. 18. С. 12–19.
11. Judgment in the case of Draon v. France (Application No. 1513/03): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70447%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
12. Judgment in the case of Ceni v. Italy (Application No. 25376/06): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-141258%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
13. Judgment in the case of Maurice v. France (Application No. 11810/03): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-70445%22%7D> (дата звернення: 26.04.2021).
14. Judgment in the case of Driza v. Albania (Application No. 33771/02): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-83245%22%7D> (дата звернення: 25.04.2021).
15. Judgment in the case of Fedorenko v. Ukraine (Application No. 25921/02): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-75599%22%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
16. Блажівська Н. Тлумачення поняття майна у практиці Європейського суду з прав людини з прав людини. *Підприємництво, господарство і право*. 2018. № 10. С. 219–223.
17. Judgment in the case of Rysovskyy v. Ukraine (Application No. 29979/04): The European Court of Human Rights. HUDOC. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-107088%22%7D> (дата звернення: 24.04.2021).
18. Rule of Law Checklist: Council of Europe, European Commission for Democracy through Law (Venice Commission). URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)007-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)007-e) (дата звернення: 26.04.2021).

19. Judgment in the case of *Bélané Nagy v. Hungary* (Application No. 53080/13): The European Court of Human Rights. *HUDOC*. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-169663%22%5D%7D> (дата звернення: 23.04.2021).
20. Постанова від 06 березня 2018 року у справі № 127/18159/17. Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. *База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень»*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72791248> (дата звернення: 25.04.2021).
21. Рішення від 30 квітня 2020 року у справі № 440/1613/20. Полтавський окружний адміністративний суд. *База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень»*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/89043979> (дата звернення: 25.04.2021).
22. Постанова від 28 січня 2021 року у справі № 440/1613/20. Касаційний адміністративний суд у складі Верховного Суду. *База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень»*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/94511670#> (дата звернення: 25.04.2021).
23. Постанова від 11 вересня 2019 року у справі № 915/1792/18. Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду. *База даних «Єдиний державний реєстр судових рішень»*. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84384833> (дата звернення: 25.04.2021).
24. Judgment in the case of *Von Hannover v. Germany (No. 2)* (Applications No. 40660/08 and 60641/08): The European Court of Human Rights. *HUDOC*. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-109029%22%5D%7D> (дата звернення: 27.04.2021).
25. Judgment in the case of *Mürsel Eren v. Turkey* (Application No. 60856/00): The European Court of Human Rights. *HUDOC*. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-72293%22%5D%7D> (дата звернення: 27.04.2021).

АНАЛІЗ РІШЕННЯ ЄВРОПЕЙСЬКОГО СУДУ З ПРАВ ЛЮДИНИ У СПРАВІ «ДЖОДЖАЙ ПРОТИ АЛБАНІЇ» КРИЗЬ ПРИЗМУ МІЖНАРОДНОГО І НАЦІОНАЛЬНОГО ПРАВА

ANALYSIS OF THE JUDGMENT OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS IN THE CASE OF “XHOXHAJ V. ALBANIA” THROUGH THE PRISM OF INTERNATIONAL AND NATIONAL LAW

Шевченко Ю.А., студентка магістратури I курсу
факультету адвокатури

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Ця стаття присвячена дослідженню правової позиції Європейського суду з прав людини (далі – Європейський суд, Страсбурзький суд, ЄСПЛ), яка була висловлена у рішенні у справі «Джоджай проти Албанії» на предмет встановлення необхідності запровадження та функціонування інституту декларування посадових осіб, а особливо представників судової гілки влади. Насправді, це питання є складником механізму боротьби з корупцією, що розроблений міжнародними організаціями, такими як Організація Об'єднаних Націй, Рада Європи тощо, отже, воно є дуже актуальним, тому досліджене на предмет відповідності міжнародним договорам і актам м'якого права. У статті також згадане правове регулювання декларування посадових осіб і притягнення до відповідальності за подання недостовірних відомостей у декларації або неподання декларації загалом, а також ті виклики, які створили перепону у належному функціонуванні цього інституту внаслідок визнання неконституційними окремих положень Закону України «Про запобігання корупції» та Кримінального кодексу України Конституційним Судом України. У висновках підсумовано проаналізовані джерела права та наголошено, що натепер рішення Страсбурзького суду є безпрецедентним у світовій практиці у контексті надання оцінки щодо порушення прав людини обставинам, коли суддю звільняють з посади внаслідок недоброчесної поведінки і декларування недостовірних відомостей. Також наголошено, що вказане рішення стало плацдармом дотримання державами прав людини під час встановлення законодавчої вимоги і механізму подання декларацій про майновий стан, здійснення перевірок таких декларацій на предмет достовірності поданих відомостей у них, а також загалом питань добросовісності, прозорості посадових осіб, у тому числі суддів.

Ключові слова: права людини, добросовісність, судова система, судді, ЄСПЛ, декларування, судова гілка влади, декларація про майновий стан.

This article examines the legal position of the European Court of Human Rights (hereinafter – the European Court, the Strasbourg Court, the ECtHR), which was expressed in the judgment in the case “Jojai v. Albania” to establish the need for the introduction and functioning of the declaration of officials, especially representatives judicial branch of government. In fact, this issue is part of an anti-corruption mechanism developed by international organizations such as the United Nations, the Council of Europe, etc., and is therefore very relevant and therefore examined for compliance with international treaties and soft law instruments. The article also mentions the legal regulation of declaring officials and prosecuting for submitting inaccurate information in the declaration or failure to submit the declaration as a whole, as well as those challenges that created an obstacle to the proper functioning of this institution due to unconstitutionality of certain provisions of the Law of Ukraine and the Criminal Code of Ukraine by the Constitutional Court of Ukraine. The conclusions summarize the analyzed sources of law and emphasize that today the decision of the Strasbourg Court is unprecedented in world practice in the context of assessing the violation of human rights circumstances when a judge is dismissed for misconduct and declaring false information. It was also emphasized that this decision became a springboard for the observance of human rights by states during the establishment of the legal requirement and mechanism for filing declarations of property, checking such declarations for authenticity of information provided, as well as issues of integrity, transparency of officials, including number of judges.

Key words: human rights, integrity, judicial system, judges, espl, declaration, judicial branch of power, declaration of property status.

Постановка проблеми. Натепер питання притягнення до відповідальності посадових осіб за декларування недостовірних відомостей щодо власного майнового стану є вкрай актуальним. Питання протидії цьому явищу є предметом для дискусій як у науковій, так і у практичній площині. У цьому контексті є дуже доцільним аналіз справи «Джоджай проти Албанії», а саме порушень прав, на які скаржилась заявниця, та власне позиція Європейського суду. Така доцільність зумовлена тим, що це рішення є безпрецедентним у світовій практиці у контексті надання оцінки щодо порушення прав людини обставинам, коли суддю звільняють з посади внаслідок недоброчесної поведінки і декларування недостовірних відомостей.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Нині рішення Європейського суду з прав людини у справі «Джоджай проти Албанії» не має широкого застосування під час проведення наукових досліджень, оскільки є досить новим. Проте до подібного предмета дослідження вдалися такі науковці, як Олександр Дроздов, Олена Дроздова та Хоппе Тілман.

Постановка завдання. Метою цієї статті є аналіз рішення Європейського суду з прав людини у справі «Джоджай проти Албанії» з урахуванням положень міжнародного і національного права задля встановлення істини у праворозумінні та необхідності функціонування інституту декларування у світі та Україні.

Виклад основного матеріалу дослідження. У міжнародному праві значний обсяг міжнародних договорів та актів soft law присвячений правовому регулюванню запобігання і протидії корупції.

Серед них – Конвенція Організації Об'єднаних Націй проти корупції. Основна мета Конвенції – підтримувати та посилювати заходи щодо підвищення ефективності та дієвості запобігання корупції та боротьби з нею. У зв'язку з цим у статті 8, яка закликає держави-сторони застосовувати кодекси поведінки до державних службовців, також ідеться про те, що держава-сторона має «встановити заходи та системи, що потребують від державних службовців подавати декларації у відповідні органи про свою зовнішню діяльність, зайнятість, інвестиції, статки та значні подарунки або вигоди, у результаті яких може виникнути конфлікт інтересів щодо їхніх функцій як державних службовців», і «вживати дисциплінарних або інших заходів стосовно державних службовців, які порушують кодекси або стандарти» [1].

Окрім цього, слід згадати й Кримінальну конвенцію про боротьбу з корупцією, яка спрямована на скоординовану криміналізацію великої кількості корупційних дій, як зазначено в її статтях 2–14 [2].

Звертаємо увагу й на Резолюцію Парламентської Асамблеї Ради Європи від 25 грудня 2008 року № 1165 (1998),

де вказано, що публічні особи повинні усвідомлювати, що особливий статус, який вони мають у суспільстві, автоматично збільшує рівень тиску на приватність їхнього життя. Насамперед щодо обсягу інформації, яка вноситься до декларації, то він є належним і пропорційним меті, яка переслідується, тільки тоді, коли дає можливість як контролюючому органу, так і суспільству знати реальний фінансовий стан відповідної посадової особи [3].

Таким чином, вбачаємо, що питання запровадження і функціонування інституту декларування є невід'ємною частиною системи запобігання корупції, а відповідальність за подання недостовірних відомостей у декларації про майновий стан чи неподання самої декларації є вимогою, поставленою перед державами, що ратифікували зазначені документи. При цьому слід зауважити, що зазначені міжнародні договори та акти м'якого права однаково поширюються на всіх посадових осіб, у тому числі представників судової гілки влади.

Слід звернути увагу, що Європейський суд з прав людини також раніше висловлювався з приводу необхідності подання декларації про майновий стан посадовими особами у справі «Випич проти Польщі». Отже, у цій справі заявник, будучи посадовою особою, скаржився на порушення державою його права на приватне життя (стаття 8 Конвенції), проте Суд, не погоджуючись зі скаржником, наголосив щодо обсягу інформації, яка має бути відображена в декларації, він має бути досить широким. Зокрема, та інформація, яка свідчить про майновий і фінансовий стан службовця, має бути максимально широкою, для того щоб громадськість могла уявити повну картину матеріального становища такої особи [4].

Щодо регулювання інституту декларування в Україні, то натепер подання декларації особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування, є вимогою, визначеною положеннями Закону України «Про запобігання корупції». Однак історія виникнення чинних положень є дуже цікавою.

27 жовтня 2020 року Рішенням Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України № 13-р/20 були визнані неконституційними положення Закону України «Про запобігання корупції», які зобов'язували всіх посадових осіб, у тому числі суддів, подавати декларації, а також ст. 366-1 Кримінального кодексу України, якою було встановлено кримінальну відповідальність за подання недостовірних відомостей у декларації або неподання декларації загалом. Таке рішення було мотивоване тиском на судову гілку влади. Так, Конституційний Суд наголосив, що судова влада, зважаючи на сутність її функцій, є найменш небезпечною для демократичного врядування та інших гілок державної влади, а також для природних прав людини, визначених Конституцією України, оскільки має найменше можливостей для їх порушення або негативного впливу на них. Адже законодавча влада встановлює правила, виконавча влада застосовує примус, а судова влада не має ні того, ні іншого. Судова влада не має ні військової, ні фінансової сили, ні безпосередніх важелів впливу на інші гілки державної влади, тому вона є найбільш вразливою до посягань інших гілок державної влади. З огляду на це одним з основних завдань Конституційного Суду України є забезпечення належної реалізації принципу поділу державної влади, системи балансу влад з метою недопущення непропорційного підсилення або неадекватного впливу однієї гілки державної влади на іншу. Об'єктивне застосування та належне тлумачення без будь-яких переваг можливі лише за умови незалежності Конституційного Суду України і судової влади загалом та відсутності негативного впливу і тиску законодавчої та виконавчої влади,

які керуються не стільки інтересами права, скільки інтересами політики та партійними уподобаннями [5].

Проте 9 грудня 2020 року Венеційська комісія видала терміновий висновок про конституційну ситуацію, створену рішенням Конституційного Суду України, який оголосив неконституційними деякі законодавчі положення у сфері протидії корупції, зокрема положення кримінального законодавства, яке передбачало кримінальну відповідальність за подання недостовірних відомостей до майнових декларацій або неподання декларації. У відповідних частинах висновку Венеційської комісії зазначено: «34. Оскільки центральним аргументом (Конституційного Суду України) є стверджування «відсутність пропорційності» (положення «кримінального права»), у переглянутому положенні можуть бути передбачені більш індивідуалізовані санкції: наприклад, ув'язнення може передбачатися лише для справ, у яких перевищено певний поріг, і для правопорушників, що діють умисно. При цьому, на думку (Венеційської) комісії, рівень грошових штрафів та інших санкцій повинен бути досить високим, щоб бути стримувальним чинником і забезпечувати покарання, пропорційне важливості, яку має боротьба з корупцією в Україні. За найсерйозніші порушення має зберігатися покарання у вигляді позбавлення волі...» [6].

Таким чином, внаслідок занепокоєння європейської спільноти Верховною Радою України положення Закону України «Про запобігання корупції» та Кримінального кодексу України були повернуті до відповідних законодавчих актів в оновленому вигляді, а також обов'язок подавати декларації та повноваження контролюючих органів щодо проведення перевірок декларацій відновлені з урахуванням особливого статусу представників судової гілки влади.

Цікаво у контексті вищевказаного досліджувати справу «Джоджай проти Албанії». Отже, за обставинами справи рішенням Незалежної кваліфікаційної комісії заявницю пані Джоджай звільнили з посади судді після того, як вона пропрацювала на різних судових посадах протягом майже чверті століття, при цьому останнім місцем роботи був Конституційний суд Албанії. Причиною такого звільнення стало проведення перевірки декларації пані Джоджай, внаслідок якої було виявлено, що видатки, здійснені заявницею, не відповідали тим доходам, які вона мала, а тому контролюючий орган дійшов висновку, що Джоджай задекларувала недостовірні відомості. Надалі, керуючись Законом про перехідне повторне оцінювання суддів і прокурорів – Законом про перевірку, заявниця оскаржила відповідне рішення у Спеціальній апеляційній палаті. Проте апеляційну скаргу було залишено без задоволення, а рішення Незалежної кваліфікаційної комісії без змін.

Таким чином, використавши всі засоби національного захисту, пані Джоджай звернулась до Європейського суду зі скаргою, посилаючись на порушення права на справедливий суд (ст. 6 Конвенції) і права на приватне життя (ст. 8 Конвенції).

Обґрунтовуючи скаргу у контексті ст. 6 Конвенції, пані Джоджай вказувала, що, по-перше, всупереч вимогам, викладеним у низці міжнародних документів, наприклад Європейській хартії про статус суддів і Великій хартії суддів, органи перевірки здебільшого складалися з членів, які не є працівниками судової системи. Також жоден із членів органів перевірки не володів необхідним юридичним і/або судовим досвідом і вміннями для вивчення складних питань фактів і права. Члени органів перевірки були повністю вибрані парламентом після процедури попереднього відбору, проведеної Спеціальним парламентським комітетом, без участі судової влади. Органи перевірки здійснили попереднє адміністративне розслідування, сформулювали «звинувачення» й ухвалили рішення по суті «звинувачення». До того ж у процесі відбору членів комісії з перевірки була відсутня прозорість, оскільки кандидати не розкривали дані про свою професійну кваліфі-

кацію та компетенцію. Термін повноважень членів органів перевірки був обмежений п'ятьма роками для членів НКК і дев'ятьма роками – для членів Апеляційної палати. За словами заявниці, такий термін повноважень зробив їх уразливими до зовнішнього впливу, що поставило під сумнів їх незалежність. Тягар доведення наявності джерел набуття майна автоматично й виключно лягав на неї. Наостанок заявниця скаржилась на те, що уряд почав прямі й жорсткі атаки на судову систему, часто публічно звинувачуючи суддів у корупції та некомпетентності, а також називаючи їх «злочинцями». У контексті статті 8 Конвенції заявниця скаржилася на порушення у зв'язку з її незаконним звільненням з посади та довічною заборонаю на юридичну практику.

Проаналізувавши доводи обох сторін у цій непростій справі, з урахуванням світової практики функціонування інституту декларування, у тому числі суддів, Страсбурзький суд дійшов таких висновків.

Перш за все, на думку Суду, той факт, що членами НКК не стали представники чинного суддівського корпусу, відповідав духу й меті процесу перевірки, а саме запобіганню будь-яким індивідуальним конфліктам інтересів і забезпеченню довіри громадськості до процедури. Суд також посилається на суворі вимоги до права на зайняття посади, яким мали відповідати члени НКК. Він зазначає, що ці члени були вибрані парламентом відповідно до процедури, встановленої законом. Крім того, статус членів НКК такий самий, як і у суддів Верховного суду [7, п. 300].

Також Суд підкреслив, що «нагальна соціальна потреба» у боротьбі з корупцією виправдовує «надзвичайні» заходи у судовій системі [7, п. 404].

Суд також наголосив, що з урахуванням індивідуальних висновків національних судів у пунктах 407–409 звільнення заявниці з посади судді Конституційного суду було пропорційним. Справді, Закон про перевірку передбачає два типи дисциплінарних покарань: звільнення з посади або відсторонення від посади із зобов'язанням відвідувати обов'язкове навчання. Суд постановив, що відсутність відповідної шкали покарань за дисциплінарні проступки може суперечити принципу пропорційності. У зв'язку з цим Суд повинен підкреслити, що Закон про Конституційний суд передбачає більш детальну ієрархію дисциплінарних покарань, які будуть застосовуватися після завершення звичайного дисциплінарного провадження. Однак процедури перевірки мають своєрідний характер, попри схожість, яку вони мають зі звичайним дисциплінарним провадженням. Вони були запроваджені у відповідь на ймовірну повсюдну присутність корупції у системі правосуддя, щоб позбавити її від корумпованих елементів і зберегти здорову частину системи. За виняткових обставин, що передували ухваленню Закону про перевірку, Суд вважає, що більш обмежена шкала покарань відповідає духу процесу перевірки в разі, якщо особа не відповідає одному з трьох критеріїв, закладених у Законі про перевірку [7, п. 412]. Таким чином, Європейський суд не знайшов порушень прав заявниці, передбачених ст. 6 і 8 Конвенції.

На окрему увагу заслуговують розбіжні думки суддів Сергідеса і Дедова, які не погодились з позицією колег

та стверджували, що порушення прав заявниці таки відбулись. Так, суддя Дедов наголосив, що це рішення було ухвалене без дотримання балансу між суспільними інтересами й гарантіями, спрямованими на захист судового імунітету, незалежності й незмінності суддів. Суд підкреслив важливість «принципу незмінності суддів, який відповідно до практики Суду й міжнародних документів, а також документів Ради Європи є ключовим елементом для підтримки незалежності судової гілки влади». Заявниця – звичайна суддя, яка не брала участі в жодних корупційних скандалах чи діяльності. У неї не було жодних зв'язків або недоречних контактів з організованою злочинністю. У неї не було записів про проступки, помилки або відмову в здійсненні правосуддя, які могли б підірвати довіру суспільства до Конституційного суду. Що стосується професійної компетенції, то її майже 25-річна судова кар'єра та призначення в національний Конституційний суд дозволяють висувати, що заявниця є одним із найкваліфікованіших фахівців у країні. Цей висновок на тлі відсутності розумних гарантій викликає сумніви в об'єктивності процесу перевірки [7].

Аналізуючи цю справу, Тілман Хоппе у своїй статті «Все про кошти. Як Європейський суд з прав людини позбавляється корумпованих суддів» зазначав, що непохитну позицію Європейського суду можна зрозуміти лише на тлі безуспішних 30 років боротьби з корупцією. Після падіння «залізної завіси» у 1990 роках Східна Європа та Балкани були «порожньою сценою навіть без антуражу. Вони назвали її судовою системою, але насправді вона не була справжньою судовою системою. Поняття прав людини було невідоме» [8].

Із цього можна було б припустити, що стандарти прав людини до країн Балканського півострова та Східної Європи є дещо нижчими, однак з цим не можна погодитись з огляду на таке. Нині практика Європейського суду є динамічною і постійно розвивається, проте рішення «Джоджай проти Албанії» є безпрецедентним, оскільки Європейський суд уперше висловив правову позицію, яка є глобальною і зачіпає питання корупції загалом.

Висновки. Виходячи з вищесказаного, можна зробити такі висновки: нині рішення у справі «Джоджай проти Албанії» є безпрецедентним, оскільки за своєю сутністю є джерелом інформації щодо стандартів дотримання прав людини, застосованих щодо перевірки посадових осіб, у тому числі суддів, на предмет етичності і доброчесності. Окрім того, правові позиції, висловлені Європейським судом у вказаній справі, повною мірою узгоджуються з вимогами, які нині ставляться до держав, що прагнуть унеможливити будь-які прояви корупції. Беручи до уваги український контекст, можна стверджувати, що рішення «Джоджай проти Албанії» Страсбурзького суду є повністю протилежним за аргументацією, аніж Рішення Конституційного Суду України, яким електронне декларування посадових осіб було визнане неконституційним. Таким чином, рішення, яке стало предметом дослідження, є взірцем необхідності функціонування інституту декларування задля забезпечення прозорості і доброчесності посадових осіб, у тому числі суддів, перед громадськістю і державою.

ЛІТЕРАТУРА

1. Проти корупції : Конвенція Організації Об'єднаних Націй від 31.10.2003 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_c16#Text.
2. Про боротьбу з корупцією : Кримінальна конвенція від 27.01.1999 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_101#Text.
3. Right to privacy: Resolution 1165 adopted by the Parliamentary Assembly Council of Europe on June 26, 1998. URL: <http://conventions.coe.int/nw/xml/XRef/X2HXrefViewPDF.asp?FileID=16641&lang=en>.
4. Judgment of European Court of Human Rights in case of WYPYCH v. POLAND (Application No 2428/05) dated 25.10.2005. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-71236>.
5. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 47 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) окремих положень Закону України «Про запобігання корупції», Кримінального кодексу України від 27.10.2020 року № 13-п/20. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v013p710-20#Text>.

6. Urgent joint opinion of the Venice commission and the directorate general of human rights and rule of law (dgi) of the Council of Europe on the legislative situation regarding anti-corruption mechanisms following decision No. 13-r/2020 of the Constitutional Court of Ukraine. URL: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI\(2020\)018-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-PI(2020)018-e)

7. Judgment of European Court of Human Rights in case of Xhoxhaj v. Albania (Application No 15227/19) dated 9.02.2021. URL: <https://rm.coe.int/dzhodzhay-against-albania/1680a23034?fbclid=IwAR34QtIrY-h152Hkyur83EwBNCINepKpUsDL3klife7xrZMbbnKZuqG884w>.

8. Тілман Хоппе. Все про кошти. Як Європейський суд з прав людини позбавляється корумпованих суддів. URL: <https://newjustice.org.ua/uk/novini/yevropejskij-sud-z-prav-lyudini-pozbavlyayetsya-korumpovanih-suddiv/>.

НОРМАТИВНЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ БЕЗПЕКИ СУДНОПЛАВСТВА ПІД ЧАС ЗДІЙСНЕННЯ ПЕРЕВЕЗЕНЬ МОРСЬКИМ ТРАНСПОРТОМ

REGULATORY SECURITY OF NAVIGATION IN THE IMPLEMENTATION OF MARITIME TRANSPORT

Шелухін О.М., к.ю.н.,
доцент кафедри навігації і управління судном
Азовський морський інститут
Національного університету «Одеська морська академія»

Статтю присвячено аналізу міжнародного нормативного регулювання безпеки судноплавства під час здійснення перевезень морським транспортом. Проаналізовано роль та місце міжнародних Конвенцій, виданих структурами ООН, ратифікованих Україною.

Проаналізовано доступні статистичні відомості щодо стану аварійності у морському судноплаванні по суднах, що здійснюють морські перевезення під прапором України та країн-членів Європейського Союзу, в результаті чого встановлено, що аварійність на морському транспорті призводить до істотних матеріальних та людських втрат.

Як першочерговий інструмент для встановлення єдиних мінімальних вимог до організації підвищення стану безпеки під час здійснення морських перевезень проаналізовано зміст основних Конвенцій та встановлено предмети їх нормативного регулювання у галузі нормативного забезпечення вимог щодо організації країн-членів конвенцій національного нормативного регулювання щодо забезпечення мінімальних вимог різних аспектів безпеки судноплавства.

Висвітлено предмет правового регулювання та стислий зміст у галузі забезпечення безпеки судноплавства таких міжнародних конвенцій, як Конвенція ООН з морського права, Міжнародна конвенція з пошуку та рятування на морі, Міжнародна конвенція з охорони людського життя на морі, Міжнародний кодекс з охорони суден та портових засобів, Конвенція про міжнародні правила попередження зіткнень суден у морі, Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден та запобігання забрудненню.

Окрім цього, проаналізовано шляхи проведення їх імплементації до національного законодавства України як безпосереднього учасника міжнародної системи глобальних морських перевезень.

У результаті аналізу окремих положень Кодексу торговельного мореплавства України стосовно забезпечення безпеки мореплавства зроблено висновок про вдалу імплементацію до нього як основного законодавчого акта у сфері перевезень вантажів основних міжнародних юридичних норм, що стосуються забезпечення мінімальних стандартів безпеки мореплавства.

За результатами проведеного дослідження, з огляду на статистику аварійних подій на морському транспорті, зроблено висновок про необхідність поглибленої підготовки спеціалістів галузі водного транспорту за напрямками вивчення вимог до забезпечення безпеки судноплавства.

Ключові слова: безпека судноплавства, Конвенції ООН, нормативне регулювання, імплементація, підготовка спеціалістів у сфері водного транспорту.

The article is dedicated to the analysis of the international normative regulation of safety of navigation of sea transport. The role and place of international conventions issued by UN bodies ratified by Ukraine are analyzed.

The available statistics data of accidents in maritime shipping on ships engaged in sea transportation under the flag of Ukraine and the European Union are analyzed, as a result of which it is established that accidents in maritime transport lead to significant material and human losses.

As a primary tool for establishing minimum requirements for the organization of safety in maritime transport, the content of the main Conventions is analyzed and the subjects of their normative regulation in the field of regulatory requirements for the organization of member states of national regulations to ensure minimum requirements for various aspects of shipping safety.

The subject of legal regulation and summary in the field of navigation safety is summarized of such international conventions as the UN Convention on the Law of the Sea, the International Convention on Search and Rescue at Sea, the International Convention for the Safety of Life at Sea, the International Code for the Protection of Ships and Port Facilities, Convention on the International Regulations for Preventing Collisions at Sea, the International Code for the Safe Operation of Ships and for the Prevention of Pollution.

In addition, the ways of their implementation to the national legislation of Ukraine as a direct participant in the international system of global maritime transport are analyzed.

As a result of the analysis of certain provisions of the Merchant Shipping Code of Ukraine regarding maritime safety, it was concluded that the basic international legal norms concerning ensuring minimum maritime safety standards have been successfully implemented as the main national legislative act in the field of cargo transportation.

According to the results of the research, taking into account the statistics of accidents on maritime transport, it was concluded that more in-depth training of specialists in the field of water transport in the areas of studying the requirements for safety of navigation is required.

Key words: navigation safety, UN Convention, regulation, implementation, training of specialists in the field of water transport.

Людство з прадавніх часів займається торгівлею. Після відкриття сторін світу нового істотного поштовху набула світова торговельна система, основним засобом якої був і залишається морський транспорт як найдешевший і здатний до масових перевезень будь-яких товарів на всі можливі відстані водними шляхами.

Поряд з цим під час зростання обсягів перевезення вантажів водними шляхами у декілька десятків разів зросла й кількість транспортних засобів, що пересуваються водними шляхами. Тож цілком логічним твердженням є пропорційне зростання кількості аварій на водному транспорті.

Аналіз стану аварійності та безпеки судноплавства на водному транспорті в Україні, проведений Державною службою морського та річкового транспорту за 2019 рік

порівняно з попереднім роком, засвідчив про залишення стану аварійності на водному транспорті в Україні на високому рівні [1].

Щорічний огляд морських втрат та інцидентів, до якого входять випадки, що трапились із суднами під прапором країн Європейського Союзу, проведений Європейською агенцією з морської безпеки, зазначає, що протягом 2014–2019 років зареєстровано 19418 морських інцидентів, під час яких загинуло 496 осіб та ще 6210 осіб отримали поранення [2].

Вказані цифри свідчать про актуальність забезпечення стану безпеки судноплавства під час перевезення вантажів та пасажирів морським транспортом.

Окремими аспектами правового регулювання забезпечення безпеки судноплавства переймаються вчені, серед

яких – С.О. Кузнецов та Т.В. Аверочкіна, Т.М. Плачкова, О.П. Махмурова-Дишлюк, А.Б. Качинський, В.І. Дмитрієв та В.В. Каретніков [3; 4; 5; 6; 7].

Водночас в умовах законодавства, що швидко змінюється та еволюціонує, постає питання про необхідність актуального аналізу вітчизняної нормативної бази щодо регулювання забезпечення вимог з безпеки судноплавства під час здійснення перевезень морським водним транспортом.

Джерелами міжнародних нормативних актів у сфері забезпечення безпеки судноплавства, безумовно, є міжнародні конвенції, видані структурами ООН, які ратифіковані Україною.

Зокрема, стаття 94 Конвенції ООН з Морського права 1982 року проголошує обов'язок кожної держави, під прапором якої плавають судна, ефективно здійснювати свою юрисдикцію і контроль над ними в адміністративних, технічних і соціальних питаннях, зокрема забезпечення безпеки на морі. Це стосується питань: конструкції, устаткування та придатності суден до плавання; комплексування, умов праці та навчання екіпажів суден з урахуванням застосованих міжнародних актів; користування сигналами, підтримання зв'язку та попередження зіткнення [8].

Відповідно до ст. 98 згаданої Конвенції на кожну прибережну державу покладено обов'язки з організації, діяльності та функціонування ефективної пошуково-рятувальної служби для забезпечення безпеки на морі.

Для забезпечення співробітництва у сфері безпеки між країнами укладаються багатосторонні угоди. Вони передбачають порядок надання швидкої та ефективної допомоги. В угодах зазначається, що після одержання аварійно-рятувальною службою однієї з країн повідомлення про аварію судна вона зобов'язана вжити заходів щодо надання допомоги екіпажам і пасажиром, які будуть враховані доцільними. У разі, якщо місце аварії розташоване ближче до берега іншої країни та це буде необхідним, аварійно-рятувальна служба, що одержала сигнал небезпеки, координується з відповідною службою іншої країни та дії з рятування плануються за домовленістю між ними. Така домовленість повинна мати місце завжди, коли терплять нещастя судно або літак, які належать іншій країні.

У квітні 1979 року була підписана Міжнародна конвенція з пошуку та рятування на морі. Відповідно до Конвенції держави забезпечують вжиття необхідних заходів у справі забезпечення належного пошуку та рятування людей, що терплять біду на морі та біля їхніх берегів. Держава здійснює загальну координацію рятувальних операцій у пошуково-рятувальному районі, границі якого встановлюються відповідно угодою, для чого створюється національний орган – рятувально-координаційний центр для пошуку та рятування [9].

З метою практичного впровадження положень конвенції Агенціями ООН (ІКАО та ММО) видане Керівництво з міжнародного авіаційного та морського пошуку та рятування (IAMSAR), що являє собою керівництво з організації і проведення морських і авіаційних пошуково-рятувальних операцій.

Воно містить керівні принципи пошуку і рятування з точки зору судноплавства та авіації. Мета загального керівництва полягає в тому, щоб гарантувати, що співпраця між суб'єктами рятування є ефективною і що оперативне співробітництво може здійснюватися в реальних рятувальних операціях між різними організаційними і рятувальними підрозділами [10].

З метою імплементації вимог цих Конвенцій, а також нормативного забезпечення ефективного співробітництва у цій сфері Україна приєдналась до держав-учасниць Угоди про співробітництво причорноморських держав з пошуку та рятування на Чорному морі [11].

Іншим міжнародним документом у сфері забезпечення безпеки судноплавства є Міжнародна конвенція з охорони людського життя на морі 1974 року (надалі – СОЛАС-74),

яка передбачає необхідність забезпечення заходів безпеки з конструкції суден, пожежного захисту, заходів пожежної безпеки на судах, рятувальних засобів і пристроїв, радіозв'язку, з безпеки мореплавства, під час перевезення вантажів і небезпечних вантажів, по ядерних суднах, з управління безпечною експлуатацією суден, щодо заходів безпеки для високошвидкісних суден, спеціальних заходів щодо підвищення безпеки на морі, додаткові заходи безпеки для суден, що перевозять навалочні вантажі.

СОЛАС-74 застосовується до всіх морських торговельних суден, що здійснюють комерційні рейси, валовою місткістю більше 500 реєстрових тонн, і до пасажирських суден, незалежно від їх розмірів [12].

На розв'язок СОЛАС-74 12.12.2002 на Конференції Урядів-членів країн цієї конвенції прийнято Главу XI-2 одночасно з Міжнародним кодексом з охорони суден та портових засобів (надалі – Кодекс ОСПЗ). Останній наказує урядам, судноплавним компаніям, корабельному і портовому персоналу обов'язки з виявлення загроз безпеки і прийняття превентивних заходів для запобігання інцидентам, які зачіпають кораблі і портові споруди, що беруть участь у міжнародній торгівлі [13].

Одним з випадків імплементації положень Кодексу ОСПЗ до національного законодавства стало видання Міністерством транспорту та зв'язку України Наказу «Про затвердження Керівництва із застосування заходів контролю до іноземних суден, які відвідують порти України, при порушенні ними вимог Гл. XI-2 Конвенції СОЛАС-74 та Кодексу ОСПЗ» [14].

Безпека мореплавства значною мірою забезпечується застосуванням Міжнародних правил попередження зіткнення суден у морі 1972 року [15].

Дотепер Міжнародні правила попередження зіткнення суден перероблені та доповнені, існують у вигляді Конвенції про міжнародні правила попередження зіткнень суден у морі з виправленнями 1981 року і є основним юридичним міжнародним документом, що визначає правила безпеки мореплавства. Вони поєднують 38 правил та 4 додатки. Своєю чергою 38 правил розподілені по п'яти частинах.

Основними напрямками імплементації Міжнародних правил попередження зіткнення суден до національного законодавства є нормативні акти, що регулюють професійну підготовку судноводіїв, а також стосовно правил польотів цивільних повітряних суден у повітряному просторі України.

Іншим важливим міжнародним документом щодо безпеки судноплавства є Міжнародний кодекс з управління безпечною експлуатацією суден та запобігання забрудненню, прийнятий резолюцією А.741 (18) Асамблеї ІМО, включивши його як доповнення до Глави ІХ Конвенції СОЛАС [16].

До національного законодавства положення цього Кодексу імplementовано на рівні наказів Мінінфраструктури, що стосуються підготовки спеціалістів торговельного флоту з питань запобігання забрудненню навколишнього середовища.

Основним кодифікованим нормативним актом національного законодавства є Кодекс торговельного мореплавства України (надалі – КТМ України). Варто зазначити, що до КТМ України імplementовано багато юридичних норм з конвенцій ООН, розглянутих вище. Тим самим національне законодавство поступово гармонізується із міжнародними стандартами морських перевезень, у тому числі із питаннями забезпечення безпеки судноплавства.

Питання перевезення вантажів морським транспортом докладно розглянуті у главах 1 та 2 розділу V «Морські перевезення» КТМ України.

Окрім законодавчого врегулювання питань організації перевезення вантажів морськими шляхами, КТМ України приділяє істотну увагу питанням забезпечення безпеки

мореплавства під час перебування у межах морських просторів, на які поширюється юрисдикція України, під час перебування суден у морських портах, а також основним правилам поведіння із небезпечним вантажем з боку перевізника, про який останньому надано недостовірну інформацію, незалежно від прапора держави судна.

З огляду на викладене необхідно зазначити, що держава Україна як безпосередній учасник міжнародних відносин у галузі морських торговельних перевезень три-

має курс на гармонізацію національного законодавства із вимогами міжнародних нормативних актів, у тому числі щодо забезпечення безпеки судноплавства.

Через невітшну статистику морських інцидентів, що здебільшого виникають через «людський фактор», видається доцільним переглянути програми підготовки навчальних закладів, що готують спеціалістів у сфері водного транспорту, у бік збільшення годин для вивчення дисциплін, що стосуються забезпечення безпеки судноплавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Стан аварійності та безпеки судноплавства на водному транспорті в Україні (у тому числі і за її межами, але з українськими суднами), включаючи маломірні (малі) судна, за 2019 рік з наростаючим підсумком. Аналіз Державної служби морського та річкового транспорту України. 17 с. URL: <https://marad.gov.ua/storage/app/sites/1/public-information/analiz-avariynosti-za-2019.pdf> (дата звернення: 28.04.2021).
2. URL: <http://emsa.europa.eu/accident-investigation-publications/annual-overview.html> (дата звернення: 28.04.2021).
3. Кузнецов С.О., Аверочкіна Т.В. Морське право : підручник. Одеса : Фенікс, 2011. 382 с.
4. Плячкова Т.М. Проблеми правового регулювання безпеки автономного судноплавства. *Правова держава*. 2018. № 30. С. 114–118.
5. Махмурова-Дишлюк О.П. Безпека судноплавства як важлива умова охорони людського життя. *Юридичний вісник. Повітряне і космічне право*. 2016. № 3. С. 11–16.
6. Качинський А.Б. Індикатори національної безпеки: визначення та застосування їх граничних значень. Київ : НІСД, 2013. 104 с.
7. Дмитриев В.И., Каретников В.В. Методы обеспечения безопасности мореплавания при внедрении беспилотных технологий. *Вестник Государственного университета морского и речного флота имени адмирала С.О. Макарова*. 2017. № 6(46). С. 1149–1158. DOI: 10.21821/2309-5180-2017-9-6-1149-1158.
8. Про ратифікацію Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року та Угоди про імплементацію Частини XI Конвенції Організації Об'єднаних Націй з морського права 1982 року : Закон України від 03.06.1999 № 728-XIV. *Офіційний вісник України*. 1999. 2 липня. № 24. С. 26.
9. International Convention on Maritime Search and Rescue (SAR) : IMO Convention. Adoption: 27.04.1979, Entry into force: 22.06.1985. URL: [https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-\(SAR\).aspx](https://www.imo.org/en/About/Conventions/Pages/International-Convention-on-Maritime-Search-and-Rescue-(SAR).aspx) (дата звернення: 28.04.2021).
10. IAMSAR Manual : adopted by IMO & ICAO, November 1999. URL: <https://www.imo.org/en/OurWork/Safety/Pages/IAMSARManual.aspx> (дата звернення: 28.04.2021).
11. Про ратифікацію Угоди про співробітництво причорноморських держав з пошуку та рятування на Чорному морі : Закон України від 28.11.2002 № 322-IV. *Голос України*. 2002. 20 грудня. № 242.
12. International Convention for the Safety of Life at Sea (SOLAS). International Maritime Organization (IMO). Retrieved 6 April 2013.
13. Guide to Maritime Security and the ISPS Code, 2012 Edition (KA116E) (eBook). IMO, 2012. 40 p.
14. Про затвердження Керівництва із застосування заходів контролю до іноземних суден, які відвідують порти України, при порушенні ними вимог Гл. XI-2 Конвенції СОЛАС-74 та Кодексу ОСПЗ : Наказ Мінтрансзв'язку України від 18.01.2006 № 47. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0047650-06#Text> (дата звернення: 28.04.2021).
15. International Regulations for Preventing Collisions at Sea. Lloyd's Register Rulefinder. 2005. 74 p. URL: [http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20\(copies\)/COLREG-1972.pdf](http://www.mar.ist.utl.pt/mventura/Projecto-Navios-I/IMO-Conventions%20(copies)/COLREG-1972.pdf) (дата звернення: 28.04.2021).
16. ISM Code & Guidelines. 2018 Edition. IMO, 2018. 83 p.

РОЗДІЛ 12

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ ЮРИСПРУДЕНЦІЇ

УДК 347.51

DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2021-4/165>

ЩОДО НЕОБХІДНОСТІ ЗМІНИ ТЯГАРЯ ДОКАЗУВАННЯ ПРИ ПРИТЯГНЕННІ ВИРОБНИКА ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЗА ШКОДУ, ЗАВДАНУ ВНАСЛІДОК ДЕФЕКТУ В ЦИФРОВІЙ ПРОДУКЦІЇ

THE NEED TO CHANGE THE BURDEN OF PROOF WHEN TAKING THE MANUFACTURER TO LIABILITY FOR DAMAGES CAUSED BY A DEFECT IN THE DIGITAL PRODUCTS

Черкасов Д.О., аспірант інституту права

Київський національний університет імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена дослідженню питання виправданості покладення всього тягара доказування на потерпілого при притягненні виробника до відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, яка містить в собі високорозвинені технології. Автором було проаналізовано статистику причин відхилення вимог потерпілих щодо відшкодування шкоди, завдані внаслідок дефекту в продукції, в країнах ЄС, обґрунтовано, що особливості цифрової продукції, такі як непрозорість, відкритість, автономія та обмежена передбачуваність часто можуть призвести до необґрунтованих труднощів при доведенні наявності умов настання відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції. В статті наведено приклади, яким чином в країнах ЄС пропонують вирішити зазначену проблему, зокрема, шляхом часткового зменшення тягара доказування для потерпілих у справах про притягнення виробників до відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в цифровій продукції.

За підсумками проведеного аналізу автором висловлено пропозиції щодо вдосконалення механізму правового регулювання правовідносин щодо відшкодування шкоди, завдані внаслідок дефекту в продукції, зокрема, шляхом зменшення тягара доказування для потерпілого у випадках завдання шкоди внаслідок дефекту в цифровій продукції шляхом:

1. Встановлення спростовної презумпції наявності дефекту в цифровій продукції, якщо існують непропорційні труднощі, пов'язані із доведення потерпілим наявності дефекту, або відсутня інформація або виробник не надав потерпілому необхідний доступ до інформації, яка повинна довести чи спростувати факт наявності дефекту;

2. Встановлення спростовної презумпції наявності причинного зв'язку між дефектом та завданою шкодою, якщо мають місце: завдана потерпілому шкода; дефект в цифровій продукції, чи спростовна презумпція наявності такого дефекту; ймовірність того, що дефект в цифровій продукції принаймні сприяв завданню шкоди; непропорційні труднощі, пов'язані із доведення потерпілим наявності причинного зв'язку між дефектом та завданою шкодою.

Ключові слова: умови цивільної відповідальності, тягар доказування, продукція, цифрова продукція, дефект в продукції, потерпілий, виробник.

The article concerns the justification of imposing the burden of proof on the victim in bringing the manufacturer to justice for damage caused by a defect in products that contain highly developed technologies. The author analysed the statistics of the reasons for rejection of victim claims for damages caused by defects in products in the EU. The author argued that the features of digital products, such as opacity, openness, autonomy and limited predictability can often lead to unreasonable difficulties in proving the liability for damage caused by a defect in the product. The article provides examples of how EU states address this issue, in particular by partially reducing the burden of proof for victims in bringing manufacturers to justice for damage caused by a defect in digital products.

Following the analysis, the author offers to improve the mechanism of legal relations for compensation for damage caused by a defect in products, in particular, by reducing the burden of proof for the victim in cases of damage due to a defect in digital products by:

1. Establishing a rebuttable presumption of a defect in digital products if there are disproportionate difficulties in proving the defect to the victim, or there is no information, or the manufacturer has not provided the victim with the necessary access to information to prove or disprove the defect;

2. Establishing a rebuttable presumption of the existence of a causal link between the defect and the damage caused, if there are: damage caused to the victim; a defect in digital products, or a rebuttable presumption of the existence of such a defect; the likelihood that the defect in the digital product at least contributed to the damage; disproportionate difficulties in proving to the victim that there is a causal link between the defect and the damage caused.

Keywords: conditions of civil liability, burden of proof, products, digital products, defect in product, victim, manufacturer

Постановка проблеми. Однією з найбільш важливих аспектів механізму правового регулювання будь-якого виду цивільної відповідальності є чітке визначення умов настання такої відповідальності та розподіл тягара доказування між учасниками відповідних правовідносин.

Не виключенням є й відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції. При цьому наразі має місце ситуація, коли розподіл тягара доказування при притягненні виробника до відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, здійснений досить обтяжливо для потерпілих, що має наслідком утруднення можливості для них отримати реальний захист порушених прав, зокрема, у випадках, коли шкоду завдано внаслідок дефекту в продукції, яка містить в собі високорозвинені технології (далі – цифрова продукція).

З огляду на зазначене стає очевидною необхідність реформування механізму правового регулювання відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, з метою забезпечення для потерпілих реальної можливості отримати відшкодування завдані їм шкоди внаслідок дефекту в будь-якій продукції, в тому числі шляхом часткового перекалення тягара доказування з потерпілого на виробника продукції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Питання регулювання відносин щодо відшкодування шкоди, особливо в частині спеціальних деліктів, досліджувались такими вченими: С. В. Антонова, А. І. Загоруйка, Л.О.Корчевної, І. С. Ніжинської, В.П. Паліюка, І.Б. Протаса, Н. В. Терещенко, С. І. Шимон та ін. Дослідженню теоретичних конструкцій захисту прав споживачів щодо

недоліків товарів, робіт (послуг) присвячена робота О.П.Письменної.

Питання тягаря доказування досліджувались такими вченими: Е.В. Васьковський, Н.М. Коргушков, Ю.Л. Морєєв, А.В. Новицький, Т.О. Руда, Н.Б. Фартушка, О.О. Штефан та ін.

Дослідженням інституту відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, на теренах пострадянських країн в свій час займався Кан Цзянь Вуй, який присвятив означеній вище проблематиці свою дисертацію. Однак це було здійснено ще в 1993 році, коли в Україні ще не діяла ані Конституція України, ані ЦК України, ані інші профільні закони

Метою роботи є аналіз умов настання цивільної відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, тягаря доказування, виявлення проблем, які мають місце при існуючому розподілі тягаря доказування, вироблення пропозицій, які дозволять вдосконалити механізм правового регулювання в означеній сфері.

Виклад основного матеріалу.

Відповідно до ст. 6 Закону України «Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції» (далі - Закон № 3390-VI) умовами притягнення особи до відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, є:

- 1) наявність шкоди;
- 2) наявність дефекту в продукції;
- 3) наявність причинно-наслідкового зв'язку між дефектом в продукції та шкодою.

Варто звернути увагу на тому, що в теорії цивілістичної науки умови настання відповідальності поділяють на позитивні та негативні. Критерієм такого поділу є суб'єкт, яким має доводити наявність цих умов..

Позитивними умовами є ті, наявність яких доводиться заінтересованою особою (потерпілим-позивачем). За загальним правилом до них належать шкода та причинний зв'язок між поведінкою правопорушника та шкодою.

Негативними вважаються умови, відсутність яких доводиться заінтересованою особою (правопорушником-відповідачем) для запобігання настання цивільно-правової відповідальності. Такими умовами є протиправність діяння та вина [1, с.371 - 372].

Зважаючи на формулювання, яке міститься в ст. 6 Закону № 3390-VI, згідно з яким потерпілий повинен довести наявність зазначених вище умов, можна зробити висновок, що всі три умови відносяться до позитивних, тобто їх наявність зобов'язаний довести саме потерпілий.

Виходячи з наведеного весь тягар доказування в справах про притягнення виробника до відповідальності за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції, покладається саме на потерпілого.

В той же час досить часто покладення всього тягаря доказування на потерпілу особу призводить до складнощів у захисті ними своїх прав на практиці.

Так, зокрема, згідно з наявною інформацією для потерпілої сторони в справах про відшкодування шкоди, завданої внаслідок дефекту в продукції, головна складність в отриманні компенсації полягала саме в тягарі доказування, тобто доведення дефекту в продукції та зв'язку між дефектом та завданою шкодою. Дослідження показали, що найчастіші причини відхилення вимог потерпілих щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок дефекту в продукції, в країнах ЄС пов'язані саме з тягарем доказування, а саме з:

- 1) доведенням наявності дефекту (32% випадків);
- 2) доведенням зв'язку між дефектом та шкодою (21% випадків), що загалом становить 53 % випадків [2].

Труднощі в доведенні наявності дефекту в продукції та згодом у доведенні зв'язку між завданою шкодою та дефектом виявляються особливо актуальними у випадках, коли дефект міститься в складній продукції, такої як

фармацевтичні препарати. В такому випадку, потерпілій стороні необхідно провести повноцінну експертизу, щоб довести відсутність безпеки продукції та зв'язок із понешеною шкодою.

За словами жертв лікарських засобів, визначення поняття дефект не підходить для фармацевтичних препаратів, оскільки інформація в інструкції про ризик серйозних несприятливих наслідків звільняє виробника від потенційної відповідальності. Тому травмованій особі вкрай важко довести дефект та причинний зв'язок між ним та заподіяною шкодою, оскільки несприятливий вплив ліків невідомий, і тому важко забезпечити достатню кількість наукових елементів для встановлення зв'язку (причинності), або він відомий і тому був опублікований в інструкції, що означає, що ліки не було дефектними. Потерпілі в даному випадку потенційно можуть опинитися в ситуації, коли їм доведеться нести всі витрати, пов'язані з завданою шкодою, без доступу до компенсації від виробника.

Крім того асоціації жертв лікарських засобів вважають, що трирічний строк позовної давності та десятирічний строк, протягом якого можливо притягнути виробника до відповідальності, є занадто коротким, щоб пацієнт міг зібрати всю відповідну інформацію та документацію для підтвердження зв'язку між продукцією та шкодою. Крім того, несприятливий вплив ліків може стати очевидним лише через значний період після їх вживання [2].

Для традиційної продукції без значної технологічної складової, простих предметів домашнього вжитку або механічних пристроїв, позбавлених зовнішніх входів даних або вбудованих логічних систем, причинний зв'язок між дефектом та завданою шкодою може бути досить очевидним і простим у доведенні. Однак це не стосується цифрової продукції, де пересічній людині неможливо буде оцінити взаємодію програмних та апаратних компонентів. Зв'язок між певною несподіваною поведінкою та отриманою шкодою може бути легко довести, але буде набагато складніше довести, що несподівана поведінка є результатом саме дефекту, визначеного в Директиві № 85/374/ЄЕС [3]

З огляду на наведене стає очевидним, що особливою складною продукція, така як цифрова продукція, у зв'язку з обмеженим доступом потерпілих до технічної інформації та їх наявністю взагалі, ускладнює споживачам можливість довести дефект та причинний зв'язок між ним та завданою шкодою [2].

Крім того особливості цифрової продукції, такі як непрозорість, відкритість, автономія та обмежена передбачуваність часто можуть призвести до необґрунтованих труднощів або витрат для потерпілого, щоб встановити як середню очікувану безпеку користувача, так невідповідність продукції цьому рівню безпеки. У той же час, виробнику може бути значно простіше довести або спростувати відповідні факти.

Таким чином, вважаємо, що для належного захисту та реалізації права потерпілого на отримання відшкодування шкоди, завданої внаслідок дефекту в цифровій продукції, слід частково перекласти тягар доказування з потерпілого на виробника з урахуванням обставин, які будуть визначені нами в дослідженні далі.

Варто зазначити, що в ряді європейських досліджень автори приходять до аналогічного висновку.

Так, зокрема, зазначається, що якщо певна технологія збільшує труднощі доведення існування елемента відповідальності понад те, що можна обґрунтовано очікувати, жертви повинні мати право на спрощення доказування. Потерпілий також повинен скористатися полегшенням доказового навантаження щодо причинного зв'язку між дефектом та шкодою [4].

З огляду на означені нами вище причини, в тому числі зважаючи й на те, що європейські спеціалісти в своїх

дослідженнях також доходять до висновку, що необхідно вносити зміни в Директиву № 85/374/ЄС в частині часткового скасування тягаря доказування потерпілого, вважаємо за необхідне звернути увагу на таких підходах можливості перекладення тягаря доказування в справах щодо відшкодування шкоди, завданої внаслідок дефекту в цифровій продукції:

1. Якщо нові цифрові технології завдали шкоди, тягар доказування дефекту повинен бути скасований, якщо існують непропорційні труднощі або витрати, пов'язані із встановленням відповідного рівня безпеки або доведенням, що цей рівень безпеки не був досягнутий.

2. Відсутність зареєстрованої інформації або ненадання потерпілому розумного доступу до інформації повинно викликати спростовуючу презумпцію того, що умова відповідальності, яка повинна бути доведена цією інформацією, має місце.

3. Тягар доказування причинності може бути зменшений у світлі викликів нових цифрових технологій, якщо сукупність наступних факторів вказують на те, що має місце:

(а) ймовірність того, що технологія принаймні сприяла шкоді;

(б) ймовірність того, що шкода була завдана або технологією, або якоюсь іншою причиною в межах однієї продукції;

(с) ризик наявності відомого дефекту в одному виді технології, навіть якщо його фактичний причинний вплив не є очевидним;

(д) певний ступінь подальшої простежуваності та зрозумілості процесів у межах технології, які, можливо, сприяли завданню шкоди;

(е) певний ступінь доступності та зрозумілості даних, зібраних та генерованих технологією

(ф) шкода, потенційно та фактично заподіяна внаслідок цифрової технології [4].

Загалом підтримуючи наведені вище позиції вважаємо, що необхідно зменшити тягар доказування потерпілого у випадках завдання шкоди внаслідок дефекту в цифровій продукції шляхом:

1. Встановлення спростовної презумпції наявності дефекту в цифровій продукції, якщо:

– існують непропорційні труднощі, пов'язані із доведенням потерпілим наявності дефекту, або

– відсутня інформація або виробник не надав потерпілому необхідний доступ до інформації, яка повинна довести чи спростувати факт наявності дефекту;

2. Встановлення спростовної презумпції наявності причинного зв'язку між дефектом та завданою шкодою, якщо мають місце:

– Завдана потерпілому шкода;

– Дефект в цифровій продукції, чи спростовна презумпція наявності такого дефекту;

– Ймовірність того, що дефект в цифровій продукції принаймні сприяв завданню шкоди;

– Непропорційні труднощі, пов'язані із доведення потерпілим наявності причинного зв'язку між дефектом та завданою шкодою, зокрема у разі відсутності необхідної інформації, або у разі, якщо виробник не надав потерпілому необхідний доступ до інформації, яка повинна довести чи спростувати факт наявності такого причинного зв'язку.

При цьому вважаємо, що факт завдання шкоди має все одно доводитися безпосередньо потерпілим.

ЛІТЕРАТУРА

1. Цивільне право : підручник : у 2 т. / В. І. Борисова (кер. авт. кол.), Л. М. Баранова, Т. І. Бегова та ін. ; за ред. В. І. Борисової, І. В. Спасибо-Фатеевої, В. Л. Яроцького. – Х. : Право, 2011. – Т. 1. – 656 с.
2. Commission staff working document. Evaluation of Council Directive 85/374/EEC of 25 July 1985 on the approximation of liability for defective products. Brussels, 7.5.2018 SWD(2018) 157 final. URL: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1586023872337&uri=C_ELEX:52018SC0157
3. Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-) usability and access to data, and liability. Final report. Luxembourg, Publications Office of the European Union. 2017. 433 pages. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/74cca30c-4833-11e8-be1d-01aa75ed71a1/language-en>
4. Liability for artificial intelligence and other emerging digital technologies. Expert Group on Liability and New Technologies. New Technologies Formation. European Union. 2019. 70 p. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1c5e30be-1197-11ea-8c1f-01aa75ed71a1/language-en>

ДЕРЖАВНА ПОЛІТИКА У СФЕРІ ІНКЛЮЗИВНОЇ ОСВІТИ У ЗАКЛАДАХ ДОШКІЛЬНОЇ ОСВІТИ КРИЗЬ ПРИЗМУ ДІЄВИХ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРАКТИК

STATE POLICY ON INCLUSIVE EDUCATION IN PRESCHOOL INSTITUTIONS THROUGH THE PRISM OF EFFECTIVE ADMINISTRATIVE PRACTICES

Лис О.Г., народний депутат України
Верховна рада України

У статті досліджено державну політику інклюзивної освіти у закладах дошкільної освіти на основі адміністративних практик. На основі аналізу нормативних правових актів, науково-методичної літератури, інформації, розміщеної на офіційних сайтах органів державної влади, які здійснюють управління у сфері освіти, освітніх організацій, виділено три адміністративні практики з розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в системі загальної середньої та дошкільної освіти. Це адміністративні практики, засновані на: прийнятті та реалізації нормативних правових актів у сфері інклюзії; розвитку середовища для інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю відповідно до Плану заходів з реалізації Національної стратегії зі створення безбар'єрного простору на 2021-2022 роки; створення Інклюзивно-ресурсних центрів у сфері здобуття дошкільної та загальної середньої освіти, в тому числі, у закладах професійної (професійно-технічної) освіти та інших навчальних закладах, які забезпечують здобуття загальної середньої освіти.

Наголошено, що успішність впровадження і розвиток інклюзивної освіти в більшості випадків залежить від характеру і якості цілеспрямованих дій органів публічного адміністрування щодо створення умов для отримання освіти дітьми з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю як в системі загальної середньої освіти, так і дошкільної. Зазначено, що позитивним аспектом затвердження та реалізації окремих нормативних правових актів, орієнтованих на розвиток інклюзивної освіти в Україні є їх спрямованість на системне вирішення завдань інтеграції дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в освітню діяльність на всіх рівнях вітчизняної освіти. Разом з тим, при наявності подібного роду документів не виключений ризик їх невиконання та декларативного характеру. Цілеспрямоване регулювання розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю окремими нормативними правовими актами подекуди залишається на проблемному рівні. На основі аналізу різних джерел нами було систематизовано основні адміністративні практики з розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами в закладах дошкільної та загальної середньої освіти. В цілому розглянуті практики мають єдину мету, завдання і реалізуються в межах єдиної нормативно-правової та методичної бази. На основі вищевикладеного констатовано, що при наявності успішного досвіду впровадження інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами в закладах дошкільної та загальної середньої освіти в Україні мають місце проблеми системного характеру, обумовлені недостатньою розробкою або недостатньою результативністю організаційно-управлінських механізмів на державному та місцевому рівнях.

Ключові слова: інклюзія, інклюзивна практика, адміністративні практики, дитина з особливими освітніми потребами, дитина з інвалідністю, заклад дошкільної освіти, освітня політика.

The article studies the state policy on inclusive education in pre-school institutions based on administrative practices. By relying on the analysis of normative legal acts, scientific methodological literature, information available on the official websites of public authorities, which maintain education management, educational organizations, the author singles out three administrative practices in developing inclusive education of children with special educational needs and children with disabilities in the system of secondary and pre-school education. These administrative practices are based on the approval and implementation of normative legal acts on inclusion; development of the environment for children with special educational needs and children with disabilities according to the Action Plan of the National Strategy for Barrier-Free Environment in Ukraine for 2021-2022; establishment of inclusive resource centers in the field of pre-school and secondary education, including professional (vocational) education institutions and other educational institutions that provide general secondary education.

It is emphasized that the success in implementing and developing inclusive education mainly depends on the nature and quality of focused actions of public authorities towards creating of conditions for obtaining an education by children with special educational needs and children with disabilities in the system of both general secondary and preschool education. The article notes that a positive aspect of approval and implementation of some regulations designed to develop inclusive education in Ukraine is their focus on a comprehensive solution of the tasks on the integration of children with special educational needs and children with disabilities in educational activities at all levels of national education. However, under the availability of such documents, the risk of non-compliance and declarative nature is not excluded. Purposeful regulation of the development of inclusive education of children with special educational needs and children with disabilities through individual normative legal acts remains challenging at some levels. Based on the analysis of various sources, the author systematizes the basic administrative practices in elaborating inclusive education in the institutions of preschool and general secondary education. Thus, the practices under consideration have a common purpose, tasks and are implemented within a single statutory and methodological framework. Taking into account the above, it is stated that in the context of best practices in implementing inclusive education of children with special educational needs in preschool and general secondary education institutions of Ukraine, there are system problems due to poor development or insufficient effectiveness of organizational and managerial mechanisms at the state and local levels.

Key words: inclusion, inclusive practice, administrative practices, child with special educational needs, child with disability, preschool institution, education policy.

Актуальність дослідження. Законодавством у сфері освіти нормативно закріплено статус інклюзивної освіти. Відповідно до Конституції України та законодавства у галузі освіти, реабілітації, соціального захисту держава має забезпечити доступність до якісної освіти відповідного рівня дітям з особливими освітніми потребами з урахуванням здібностей, можливостей, бажань та інтересів кожної дитини шляхом запровадження інклюзивної освіти [1]. Відповідно до Закону України «Про освіту», інклюзивна освіта передбачає забезпечення рівного доступу до освіти для всіх учнів з урахуванням різно-

манітних особливих освітніх потреб та індивідуальних можливостей [2]. Однією з категорій осіб, які мають особливі потреби, є діти з особливими освітніми потребами та діти з інвалідністю.

Питання адміністративно-правового регулювання розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю є предметом Директорату дошкільної, шкільної, позашкільної та інклюзивної освіти, а також предметом аналізу і поширення кращого досвіду інклюзії в системі загальної середньої освіти Міністерством освіти і науки України.

Протягом останніх десяти років в Україні здійснюється розробка нормативно-правової бази для впровадження і розвиток інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами. У цьому аспекті варто відзначити наступні зміни нормативно-правової бази, що дозволяє ефективно розвивати інклюзивну освіту на різних рівнях публічного адміністрування:

- прийняття соціального підходу до розуміння інвалідності та особливих освітніх потреб як основи подолання різноманітних бар'єрів у сфері освіти, у тому числі й за допомогою реалізації інклюзивного навчання;

- закріплення нормативно-правовими актами у сфері освіти міжнародних принципів в частині забезпечення прав осіб з особливими освітніми потребами та осіб з інвалідністю, серед яких можна виокремити принципи недискримінації, рівності можливостей, доступності, поваги розвитку здібностей та індивідуальності;

- визначення гарантій права дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю на доступ до отримання якісної освіти, у тому числі інклюзивної освіти в закладах загальної середньої освіти за місцем проживання, правова регламентація прав і свобод даної категорії дітей у сфері освіти, які переважно стосуються обов'язків по створенню спеціальних умов для отримання такої освіти;

- визначення компетенції і розподіл сфер відповідальності державних органів, які здійснюють адміністрування у сфері освіти по створенню комплексу спеціальних умов для дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю, у тому числі при їх навчанні в умовах інклюзивної освіти тощо.

Зазначені підстави покладено в основу публічного адміністрування розвитком інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю.

Проте, при наявності великої кількості нормативних правових актів, що регламентують правовий статус дітей з освітніми потребами та дітей з інвалідністю, механізмів створення комплексу спеціальних умов для отримання освіти даною категорією дітей, відкритими залишаються питання якості публічного адміністрування розвитком інклюзивної освіти таких дітей та результативності навчання в інклюзивному освітньому середовищі.

Успішність впровадження і розвиток інклюзивної освіти в більшості випадків залежить від характеру і якості цілеспрямованих дій органів публічного адміністрування щодо створення умов для отримання освіти дітьми з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю як в системі загальної середньої освіти, так і дошкільної.

У зв'язку з цим, **метою статті** є виокремлення, характеристика й аналіз адміністративних практик з розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю.

Наразі в науково-методичній літературі представлені різні підходи до розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю. Аналіз і узагальнення різноманітних підходів дозволяє визначити деякі з них як адміністративні практики. А.А. Колупаєва розглядає управлінські практики як певні комплекси дій і взаємодій індивідів, груп, спільнот та організацій, забезпечують стаке функціонування соціальних інститутів і організацій у сфері інклюзії [3, с. 67-68]. Визначення даного автора прийнято нами за основу при виокремленні адміністративних практик у сфері розвитку інклюзивної освіти.

На основі аналізу нормативних правових актів, науково-методичної літератури, інформації, розміщеної на офіційних сайтах органів державної влади, які здійснюють управління у сфері освіти, освітніх організацій, нами виділено три адміністративних практики з розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в системі загальної середньої

та дошкільної освіти. Це адміністративні практики, засновані на:

- прийнятті та реалізації нормативних правових актів у сфері інклюзії;

- розвиток середовища для інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю відповідно до Плану заходів з реалізації Національної стратегії зі створення безбар'єрного простору на 2021-2022 роки;

- створення Інклюзивно-ресурсних центрів у сфері здобуття дошкільної та загальної середньої освіти, в тому числі, у закладах професійної (професійно-технічної) освіти та інших навчальних закладах, які забезпечують здобуття загальної середньої освіти.

Перший тип адміністративних практик – розвиток інклюзивної освіти на основі прийняття і реалізації нормативних правових актів у сфері інклюзії.

В якості таких документів в основному виступають стратегії та концепції розвитку інклюзивної освіти в Україні, в яких проводиться аналіз вихідного стану проблеми освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю, цільові орієнтири, основні напрямки і плановані результати розвитку інклюзивної освіти. Низка стратегій орієнтована на визначення положень розвитку інклюзивної освіти на рівні у сфері здобуття дошкільної та загальної середньої освіти, в тому числі, у закладах професійної (професійно-технічної) освіти та інших навчальних закладах, які забезпечують здобуття загальної середньої освіти з акцентом на розвиток спадкової системи інклюзивної освіти. Серед таких документів варто назвати Національну стратегію розвитку інклюзивної освіти до 2030 року, яка має на меті вирішити наступні завдання: виявити та якісно оцінити ООП у здобувачів освіти; створити умови для навчання у районах або об'єднаних громадах кожній особі відповідно до її ООП; підвищити рівень підготовленості педагогічних працівників для задоволення потреб кожного здобувача освіти; удосконалити механізми фінансування освіти осіб з ООП; забезпечити в закладах освіти умови для здобуття якісної освіти особами з ООП [4]. Стратегія орієнтує органи державної влади та органи місцевого самоврядування керуватися її положеннями при реалізації державної політики в сфері освіти, а також при підготовці і прийнятті рішень щодо розвитку системи освіти в межах окремих територій України. Окрім того, зазначений документ регламентує створення в Україні власної моделі інклюзивної політики, мета якої полягає в реалізації державної стратегії по забезпеченню умов для навчання і професійної підготовки дітей, молоді та дорослих, які мають особливі освітні потреби і потребують соціокультурної адаптації.

В якості основних напрямків в таких документах визначено: нормативне правове забезпечення розвитку державної інклюзивної політики; кадрове забезпечення системи інклюзивної освіти і соціалізації особистості; забезпечення суспільного розуміння і підтримки в просуванні ідей і принципів інклюзії, у тому числі в сфері освіти; формування інклюзивної культури; переорієнтація і спрямованість педагогічної спільноти на реалізацію інклюзивних підходів в освіті.

Аналіз змісту Стратегії розвитку інклюзивної освіти дозволяє зробити висновок, що її реалізація покликана сприяти: забезпеченню права всіх дітей на доступну і якісну освіту; виробленню єдиної ціннісно-нормативної основи інклюзивної освіти; створення цілісного правового поля інклюзивної освіти; поширенню результативних практик інклюзивної освіти; підвищення ефективності взаємодії виконавчих органів державної влади, громадських та освітніх організацій в умовах інклюзивного освітнього простору тощо.

При цьому, позитивним аспектом затвердження та реалізації окремих нормативних правових актів, орієнтованих

на розвиток інклюзивної освіти в Україні, на нашу думку, є їх спрямованість на системне вирішення завдань інтеграції дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в освітню діяльність на всіх рівнях вітчизняної освіти. Разом з тим, на наш погляд, при наявності подібного роду документів не виключений ризик їх невиконання та декларативного характеру. Цілеспрямоване регулювання розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю окремими нормативними правовими актами подекуди залишається на проблемному рівні.

Зокрема, лишаються виклики на шляху розвитку інклюзивної освіти в Україні, серед яких можна виділити такі: удосконалення системи надання державної підтримки особам з особливими освітніми потребами; архітектурна недоступність закладів освіти; неготовність певних педагогічних працівників до роботи з особами з особливими освітніми потребами; відсутність сучасних програм з інклюзивного навчання для закладів вищої освіти та інститутів післядипломної освіти; непоінформованість батьків дітей з особливими освітніми потребами про альтернативні можливості отримання освіти їх дітьми; необізнаність щодо успішного вітчизняного та провідного іноземного досвіду роботи з особами з особливими освітніми потребами; освітні програми недостатньо орієнтовні на формування компетентностей, необхідних для подальшого самостійного життя людини з особливими освітніми потребами; Для ефективного розвитку інклюзивної освіти в Україні необхідна консолідація зусиль держави із залученням громадських об'єднань, благодійних та міжнародних організацій у взаємодії з учасниками освітнього процесу [4]. З огляду на це, 1 лютого 2019 року Наказом Міністерства освіти і науки України було створено робочу групу щодо розроблення і затвердження Концепції забезпечення якості дошкільної освіти [5], зокрема й у сфері інклюзивної освіти.

Наступна адміністративна практика базується на розвитку середовища для інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами. В межах реалізації заходів зазначеної програми в закладах дошкільної та загальної середньої освіти створюється безбар'єрне середовище. Так, 12 липня, під час засідання Ради безбар'єрності було погоджено масштабний План заходів на 2021-2022 роки з реалізації Національної стратегії зі створення безбар'єрного простору в Україні. До Плану заходів включено понад 250 ініціатив, які буде втілено в життя протягом найближчих двох років. До Плану заходів залучена потужна команда – це представники влади разом із представниками громадськості. Під час засідання Ради безбар'єрності міністри представили 7 ключових проєктів цього Плану, які відповідають за найбільші виклики, пов'язані з суспільними бар'єрами, зокрема: «Стандарти інфраструктурної безбар'єрності України» (Міністерство інфраструктури України); «Інформаційна кампанія «Україна без бар'єрів» (Міністерство культури та інформаційної політики України); «Доступ до Інтернету в українських селах» (Міністерство цифрової трансформації України); «Фізична доступність громадських будівель» (Міністерство розвитку громад та територій України); «Ветеранська підприємницька ініціатива G2VEI» (Міністерство у справах ветеранів України); «Впровадження в Україні Міжнародної класифікації функціонування, обмежень життєдіяльності та здоров'я» (Міністерство охорони здоров'я України); «Шкільна освіта для всіх» (Міністерство освіти і науки України). До Національної стратегії безбар'єрності увійшли 250 проєктів. «План заходів стане «дорожньою картою» для кожного міністерства, у межах своєї сфери відповідальності», – наголосив Прем'єр-міністр України Денис Шмигаль [6].

У межах реалізації заходів Національної стратегії зі створення безбар'єрного простору переважно вирішуються завдання забезпечення архітектурної доступності

будівель і приміщень для дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю. Дана умова розглядається як одна з найважливіших для організації інклюзивної освіти в Україні. Участь закладів освіти в заходах Національної стратегії сприяє забезпеченню спеціальних умов навчання для дітей з особливими освітніми потребами. Важлива увага приділяється оцінці доступності об'єктів закладів освіти і послуг, що ними надаються. Для цього проводиться моніторинг доступності [7, с. 84].

Погодимося, що створення матеріально-технічної бази має вирішальне значення для здійснення інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю в закладах дошкільної та загальної середньої освіти. Проте як недолік описуваного підходу слід позначити акцент тільки на створенні зазначених вище умов і недостатню спрямованість на розвиток кадрових, програмно-методичних та інших умов інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю, які є значущими для забезпечення якості освіти даної категорії учнів.

Третя адміністративна практика передбачає забезпечення умов інклюзивної освіти на основі формування і розвитку мережі Інклюзивно-ресурсних центрів по супроводу інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю. Станом на травень 2020 року створено та працює 627 інклюзивно-ресурсних центрів. Інклюзивно-ресурсні центри є у всіх областях України, тож діти з особливими освітніми потребами та їхні батьки можуть отримати відповідні послуги за місцем проживання.

Принагідно зазначимо, Інклюзивно-ресурсний центр (ІРЦ) – це установа, яка створена з метою реалізації права дітей з особливими освітніми потребами віком від 2 до 18 років на здобуття дошкільної та загальної середньої освіти, в тому числі, у закладах професійної (професійно-технічної) освіти та інших навчальних закладах, які забезпечують здобуття загальної середньої освіти.

Інклюзивно-ресурсні центри: проводять комплексну психолого-педагогічну оцінку розвитку дитини; надають психолого-педагогічні та корекційно-розвиткові послуги; забезпечують системний та кваліфікований супровід дитини з особливими освітніми потребами. Основним завданням діяльності ресурсних центрів є створення системи методичної підтримки освітніх організацій, що здійснюють інклюзивна освіта дітей з обмеженими можливостями здоров'я, в місті, окрузі. Ресурсні центри створюються на базі центрів психолого-педагогічного та медико-соціального супроводу або окремих освітніх організацій, реалізують адаптовані основні загальноосвітні програми [8]. Отже, в якості основних напрямків роботи ресурсних центрів виступає встановлення партнерських відносин з освітніми установами, що реалізують інклюзивну практику, поширення позитивного досвіду навчання дітей з особливими освітніми потребами спільно з фахівцями та батьками таких дітей, а також проведення практико-орієнтованих семінарів для педагогів з питань освітньої діяльності, консультування адміністрації закладів освіти, аналіз і експертиза умов доступності освіти для учнів з особливими освітніми потребами в закладах загальної середньої освіти.

В якості позитивного аспекту даної адміністративної практики виступає наявність в ресурсних центрах кваліфікованих фахівців по роботі з дітьми з особливими освітніми потребами, адресна підтримка інклюзивного навчання конкретної дитини, акумулявання і поширення позитивного досвіду інклюзії. Це є однією з умов для забезпечення підтримки інклюзивних процесів в закладах дошкільної та загальної середньої освіти в Україні.

Проте як недоліки розглянутого підходу слід виділити неготовність адміністрації і педагогічних колективів закладів освіти до здійснення інклюзії. Як наслідок, має

місце небажання співробітників закладів освіти вступати в партнерські відносини з ресурсними центрами. Серед недоліків також можна назвати відсутність мережевої взаємодії закладів освіти, що реалізують інклюзивну практику, і ресурсних центрів, неможливість охоплення фахівцями ресурсних центрів усіх закладів освіти і задоволення в повній мірі їх запитів, а також потреб дітей з особливими освітніми потребами та дітей з інвалідністю та їх батьків.

Висновки. Таким чином, на основі аналізу різних джерел нами було систематизовано основні адміністративні практики з розвитку інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами в закладах дошкільної та загальної середньої освіти. В цілому розглянуті практики мають єдину мету, завдання і реалізуються в межах єдиної нормативно-правової та методичної бази. На основі вищевикладеного можемо констатувати, що при

наявності успішного досвіду впровадження інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами в закладах дошкільної та загальної середньої освіти в Україні мають місце проблеми системного характеру, обумовлені недостатньою розробкою або недостатньою результативністю організаційно-управлінських механізмів на державному та місцевому рівнях. Також важливо підкреслити, що в процесі виокремлення характеристики й аналізу адміністративних практик нами не знайдено робіт, присвячених дослідженню результативності інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами в закладах дошкільної та загальної середньої освіти. Вважаємо даний напрямок досліджень перспективним, реалізація якого дозволить провести об'єктивну оцінку якості інклюзивної освіти дітей з особливими освітніми потребами та рекомендувати до широкого поширення найбільш ефективний досвід.

ЛІТЕРАТУРА

1. Концепція розвитку інклюзивної освіти, затверджена Наказом міністерства освіти і науки України від 01.10.2010 № 912. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-zatverdzhennya-kontseptsii-rozvitku-inklyuzivnogo-navchannya>
2. Закон України «Про освіту» від 05.09.2017 № 2145-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2145-19#Text>
3. Колупаєва А.А., Таранченко О.М. «Інклюзивна освіта: від основ до практики»: монографія. К.: ТОВ «АТОПОЛ», 2016. 152 с.
4. Національна стратегія розвитку інклюзивної освіти до 2030 року. URL: <https://nus.org.ua/wp-content/uploads/2019/07/210719-strategiya-inklyuziya.pdf>
5. Про створення робочої групи щодо розроблення і затвердження Концепції забезпечення якості дошкільної освіти. Наказ Міністерства освіти і науки України від 1 лютого 2019 р. URL: <https://mon.gov.ua/ua/npa/pro-stvorennya-robochoyi-grupi-shodo-rozroblennya-i-zatverdzhennya-konceptsiyi-zabezpechennya-yakosti-doshkilnoyi-osviti>
6. Розбудова безбар'єрної України: ключові кроки у сфері інклюзивної освіти. 12 липня 2021 року. URL: <https://mon.gov.ua/ua/news/rozbudova-bezbar'ernoji-ukrayini-klyuchovi-kroki-u-sferi-inklyuzivnoyi-osviti>
7. Азін В. О., Байда Л. Ю., Грибальський Я. В., Красюкова-Еннс О. В. Доступність та універсальний дизайн: навч.-метод. посіб./ за заг. ред. Байди Л. Ю., Красюкової-Еннс О. В. К., 2013. 128 с.
8. Інклюзивно-ресурсні центри. URL: <https://ircenter.gov.ua/news/view/id/31>

УМОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ТА ПРАВОВІ НАСЛІДКИ ПОРУШЕННЯ ПРИНЦИПУ ЕСТОПЕЛЬ

APPLICATION CONDITIONS AND LEGAL CONSEQUENCES OF VIOLATING ESTOPPEL

Мануїлова А. І.,
аспірантка кафедри міжнародного та європейського права,
Національний університет «Одеська юридична академія»

Стаття присвячена умовам застосування та правовим наслідкам естопель – принципу міжнародного права, який полягає у забороні непослідовної поведінки. Естопель, виконуючи притаманну йому стабілізуючу роль в сучасному міжнародному праві, забезпечує через припис послідовності поведінки держав юридичну безпеку суб'єктів права.

Основна вимога принципу естопель – дотримання послідовності в поведінці держав заздалегідь усуває випадки порушення юридичної вимоги відповідності взаємних суб'єктивних прав держави і в цілому вписується в рамки нормальних, природних з точки зору законності, міждержавних відносин. Позитивна спрямованість регулятивного впливу принципу естопель полягає в тому, що через неприпустимість порушення правила послідовності в поведінці держав він відновлює взаємний баланс між суб'єктивними правами держав.

Розглянуті наступні умови застосування естопель: по-перше, це існування зрозумілої та недвозначної міжнародно-правової позиції; по-друге, це необхідність доказування заявником того, що внаслідок знятої протилежною стороною міжнародно-правової позиції він зробив певну дію або утримався від неї, добросовісним способом поклавшись на неї. Третя умова полягає в тому, що заявник повинен надати докази того, що в результаті вжитих ним дій або утримання від вчинення таких були завдані збитки його власній позиції. Зміст четвертої умови включає в себе те, що первинна та наступна позиції суб'єкта права, що має на меті встановлення естопель, мають відноситися до одних і тих самих фактичних обставин. Корінна зміна в позиції суб'єкта правовідносин, яка стосується різних фактичних обставин, не може слугувати для суду основою для визнання існування ситуації естопель. Юридично значущим наслідком принципу естопель виступає втрата права в зв'язку з оцінкою судом фактичної поведінки сторін та їх добросовісності.

Ключові слова: принцип естопель, ситуація естопель, інститут естопель, принципи права, принцип добросовісності, односторонні акти, належна поведінка, сумлінне виконання зобов'язань.

The article is devoted to the conditions of application and legal consequences of estoppel – a principle of international law, which is to prohibit inconsistent behavior. Estoppel, fulfilling its inherent stabilizing role in modern international law, ensures the legal security of subjects of law through the prescription of the sequence of states' behavior.

The main requirement of the estoppel is that the observance of consistency in the behavior of states preliminarily eliminates cases of violation of the legal requirement of conformity of the mutual subjective rights of the state and generally fits into the framework of normal, natural from the point of view of legality, interstate relations. The positive direction of the regulatory impact of the estoppel lies in the fact that through the inadmissibility of violating the rule of consistency in the behavior of states, it restores the mutual balance between the subjective rights of states.

The following conditions for the use of estoppel are considered: firstly, it is the existence of an understandable and unambiguous international legal position; secondly, it is the need for the applicant to prove that as a result of the withdrawal by the opposing side of the international legal position, the state made a certain action or refrained from it, having relied on it in good faith. The third condition is that the applicant must provide evidence that, as a result of the actions the state took or refrains from doing so, the state's own position was damaged. The content of the fourth condition includes the fact that the primary and subsequent positions of the subject of law, aimed at establishing estoppel, must relate to the same factual circumstances. A radical change in the position of the subject of legal relations, which concerns different factual circumstances, cannot serve as a basis for the court to recognize the existence of the estoppel situation. A legally significant consequence of the estoppel principle is the loss of rights in connection with the court's assessment of the actual behavior of the parties and their good faith.

Key words: estoppel principle, estoppel situation, estoppel institute, principles of law, principle of good faith, unilateral acts, proper behavior, good faith.

Юридичним наслідком принципу естопель є втрата права в зв'язку з оцінкою судом фактичної поведінки сторін та їх добросовісності. Втрата права застосовується як результат непослідовної процесуальної поведінки, яка з точки зору юридичних фактів є вчинком, так як правові наслідки виникають всупереч наміру особи, що вчинила цей правочин. У літературі є й інша точка зору, згідно з якою втрата права характеризується як подія, «неусвідомлена та зі слабким елементом волі». Видається неможливим з нею погодитися в зв'язку з тим, що до подій належать обставини, що виникають незалежно від волі учасників правовідносин. Наприклад, стихійне лихо, народження і смерть людини, перебіг певного проміжку часу тощо. Процесуально поведінка ніколи не може бути подією, оскільки в її основі завжди лежить вчинення дій, з яких вона складається.

Ситуації відмови від права проявляються у вигляді добровільної активної і цілеспрямованої поведінки сторони, яка скерована на усвідомлений вибір однієї лінії поведінки і відмови від іншої. Критеріями розмежування втрати права і відмови від права виступають форма прояву поведінки, ступінь усвідомленості і процесуальна мета, фактичні і правові наслідки. Відмова від права виражається в актив-

ній поведінці сторони і усвідомленому виборі, в той час як втрата права відбувається нецілеспрямовано і є наслідком недобросовісної поведінки. В кінцевому підсумку, відмова від права і принцип естопель досить близькі, але в той же час останній завжди відрізняють такі ознаки, як уявлення однієї сторони правовідносин про обрану іншою стороною моделі поведінки, довіра їй і збитки внаслідок зміни цієї моделі іншою стороною, що призводить до виникнення у першої права на компенсацію.

Щодо наслідків, які можуть бути викликані такою поведінкою, то, по-перше, зміна правової позиції і непослідовність поведінки можуть мати місце до звернення в суд. По-друге, суперечливим процесом щодо раніше обраної лінії поведінки є саме звернення суб'єкта до суду. По-третє, початкова процесуальна поведінка може відрізнятися від наступної поведінки.

У перших двох випадках, очевидно, що, оскільки суд не був свідком зміненої поведінки сторони, про цей факт має заявити сторона, яка посилається на вжиті заходи або утримання від таких у зв'язку з тим, що вона довірилася позиції, зайнятої протилежною стороною і понесла відповідні збитки. З огляду на презумпцію добросовісності учасників процесу, обов'язок її спростувати лежить на заявнику.

Що стосується третьої ситуації, то виходячи з принципу добросовісності, забезпечувати яке в процесі в першу чергу зобов'язаний суб'єкт, який вершить правосуддя, реагувати на процесуальні зловживання сторони в спорі і самостійно їх припинити може суд. У нього є право використовувати принцип естопель і без заяв сторін з метою припинення зловживання правом сторонами процесу.

М. М. Агарков зауважив те, що: «... прихильники теорії зловживання правом повинні сформулювати критерій, які представляють суду, в якому напрямку він повинен користуватися наданими йому повноваженнями ...» [1, с. 104]. Принцип естопель є інструментом боротьби з недобросовісною непослідовною процесуальною поведінкою і зловживанням сторін. Тому з метою його правильного застосування в процесуальному законі повинні бути сформульовані умови застосування та визначено межі дії правила естопель.

Для застосування принципу естопель необхідна наявність, як мінімум, трьох обов'язкових умов, які можна визнати «*conditio sine qua non*» естопель.

Першою невід'ємною умовою застосування естопеля є те, що виникнення довіри в іншій стороні має бути поставлено особі, якій протиставляється естопель. Тобто довіра добросовісної стороні має стати результатом попередньої поведінки недобросовісної сторони, здатним сформувати таку довіру (наприклад, будь-яких заяв, обіцянок, фактичної поведінки, що формує в іншій стороні якісь обґрунтовані очікування, в тому числі в ряді випадків і бездіяльності).

Але тут слід врахувати найважливіший нюанс. Чи можна сформулювати довіру щодо певної правової реальності, не знаючи, що така поведінка формує довіру або також помиляючись щодо правової реальності? Безумовно. Проте чи повинно блокуватися здійснення права, якщо власник права раніше створював у партнера своєю поведінкою відчуття, що правом користуватися не буде, але робив це не спеціально, так як сам не знав і не повинен був знати про наявність у нього такого права? Як представляється, для застосування принципу естопель потрібне знання або необережне незнання про правову реальність і можливе формування довіри у іншій особі. Якщо особа не знала про своє право і не повинна була про нього знати, але згодом дізналася про нього і вирішила його здійснити, тут навряд чи можна говорити про недобросовісну суперечливу поведінку [2].

Друга обов'язкова умова для застосування принципу естопель – це виникнення обґрунтованої довіри у добросовісної сторони. У останньої повинні скластися певні очікування щодо подальшої поведінки іншої особи. Фактор обґрунтованості довіри передбачає, що сторона мала хоч якісь розумні підстави для того, щоб покладатися на поведінку контрагента. Останнє означає, що у особи на місці цієї сторони в таких же обставинах і з урахуванням відомої цій стороні інформації могли б сформуватися очікування щодо послідовності подальшої поведінки особи, якій протиставляється естопель. Якщо поведінка контрагента хоча і могла викликати певні очікування у сторони, але при цьому він говорить, що ніяких очікувань у іншій стороні виникнути не повинно і його поведінка не може розцінюватися як вказано вище, то довіра, що виникла всупереч прямим заявам, не може отримувати захист.

При цьому виправданість довіри як необхідна умова для застосування принципу естопель зовсім не передбачає, що така довіра має будуватися на безумовних фактах: захист може надаватися і в менш очевидних випадках.

Третьою умовою для застосування принципу естопель є явна несправедливість підриву довіри. Як вже зазначалося, сама по собі суперечлива поведінка не заборонена. Заборона суперечливої поведінки не покликана покарати особу, що діє суперечливо. Право блокується через явну несправедливість, яка в конкретних ситуаціях може виникати в результаті

суперечливої поведінки. Як вважається, дійсним об'єктом захисту виступає довіра, яка належить попередній поведінці сторони, яка в більшості випадків об'єктивується через адаптацію власної поведінки, яка в зв'язку з подальшою суперечливою поведінкою завдає стороні збитки або тягне для неї серйозні негативні наслідки.

Принцип естопель захищає добросовісну сторону, тому він знаходить своє застосування тоді, коли довіра особи, викликана поведінкою іншої сторони, хоча і суперечить формальній правовій або фактичній дійсності, але може бути визнано розумним та виправданим. Встановлення обґрунтованості виникнення довіри перш за все передбачає з'ясування того, чи знала сторона про те, що її очікування не відповідають правовій або фактичній дійсності (наприклад, чи знала сторона договору про те, що були порушені обов'язкові вимоги до форми угоди або що зміст договору носить протизаконний характер).

Помилка особи може ґрунтуватися на омані в праві або у факті. Помилка в праві передбачає, що довірена особа помилялася в поточному правовому регулюванні. Стійке уявлення, про те, що кожен повинен знати закон, часто не підтверджується практикою. Питання полягає в тому, чи можна перекласти негативні наслідки незнання закону з сторони, що довірилася, на особу, якій протиставляється естопель. Звісно ж, що такі ситуації можливі, зокрема, коли інша сторона є професіоналом (наприклад, банк або страхова компанія). Це можна уявити як покладання негативних наслідків на сторону, яка знаходиться ближче до інформації про правове регулювання, ніж контрагент, що довірився.

Помилка в праві може бути виправдана не тільки тим, що довірена особа покладається на професіоналізм контрагента, а й тим, що контрагент не просто промовчав, але і сам викликав таку помилку в праві. Особливо очевидно це в разі, коли сторона договору обманює контрагента (наприклад, переконуючи її в тому, що договір законний). Помилку в праві можна вважати також більш поблагливою в ситуації, коли судова практика з відповідного питання має суперечливий характер.

У порівнянні з помилкою в праві, довіру, що заснована на спровокованій недобросовісною стороною помилці у факті, можна вважати більш перепрошувальною. Особливо це справедливо в ситуації, коли на місці особи, що довірилася, таку помилку б не виявив учасник обороту. Наприклад, помилку можна вважати поблагливою, якщо фізична особа обманює комерсанта, переконуючи того, що вона також здійснює підприємницьку діяльність і може бути стороною договору, який згідно із законом може полягати тільки між комерсантами.

Загальним правилом є те, що більшого захисту заслуговує особа, яка не знала про дійсний стан справ, тобто довіра якої ґрунтується на помилці в праві або у факті. Проте, навіть якщо довірена особа розуміє, що її очікування суперечать правовій або фактичній дійсності, її довіру в ряді ситуацій можна вважати виправданою. Такі випадки потребують скрупульозного аналізу інших нижчезазначених факторів. Суд повинен враховувати, чи свідомо особа знехтувала, наприклад, вимогами до форми угоди, чи навмисно вона пішла на укладення протизаконного договору або ж робила якісь висновки з поведінки контрагента. Інакше кажучи, фактор обґрунтованості довіри може бути виражений менш або більш яскраво. Чим більше обґрунтовано виникнення довіри, тим більше підстав для застосування принципу естопель, і навпаки.

Для застосування принципу естопель необхідно, щоб довіра, що виникла, була сформована поведінкою або заявами недобросовісної сторони. Але саме це формує довіру поведінці, а також сама спроба змінити позицію може бути меншою або більшою мірою суперечливою. Наприклад, тут може бути врахована мотивація поведінки непослідовної сторони. Так, несправедливість результату може проявлятися в тому, що недобросовісна сторона користу-

ється довірою іншої сторони, отримуючи перевагу, а коли вигоди закінчуються, або в цілому змінилися обставини, вирішує послатися на формальну правову позицію. Чим вище ступінь суперечливості дійової особи, тим імовірніше застосування принципу естопель, і навпаки [3].

Також необхідно враховувати мету формальних елементів права, які неминуче підриваються за рахунок застосування принципу естопель. Це в першу чергу норми, які порушуються при застосуванні принципу естопель, а також автономія волі особи, яка діє суперечливо, що ігнорується нав'язуванням такій особі правових наслідків в ситуації, коли вона свою волю явно не висловлювала. Так, наприклад, при застосуванні принципу естопель з метою недопущення констатації нікчемності договору норми, що обумовлюють нікчемність, фактично не застосовуються судом. Це означає, що цілі, які переслідував законодавець при встановленні цих норм, залишаються не досягнутими. У зв'язку з цим при застосуванні принципу естопель до нікчемних правочинів критично важливо порівнювати несправедливість суперечливої поведінки в рамках конкретної справи і важливість цілей норми, які в гонитві за справедливістю, не застосовуються. Якщо мета норми спрямована на захист однієї зі сторін договору, то суд, застосовуючи принцип естопель, може оцінювати інтереси безпосередньо лише сторін спору. Тут він вирішує, що важливіше: інтереси сторони, що захищаються законодавчою нормою, або ж потреба захисту добросовісної сторони, яка страждає в результаті недобросовісної поведінки контрагента. Однак коли мета норми спрямована на захист суспільних інтересів або третіх осіб, тобто тих, хто в недобросовісній поведінці участі не брав, то це зазвичай є вагомою обставиною проти застосування принципу естопель.

Коли принцип естопель застосовується не в зв'язку з вадою угоди, а в зв'язку з поведінкою, яка за рівнем конкретності та визначеності не досягає того рівня, який дозволяє говорити про угоду, то суд повинен розуміти, що, забороняючи суперечливу поведінку, він покладає на сторону фактично наслідки щодо угоди, пов'язуючи її з попередньою поведінкою, в відсутності справжнього волевиявлення. Тобто порушує автономію волі. Наприклад, при застосуванні принципу естопель щодо неукладеного договору, де подальша поведінка сторін не усуває невизначеність у змісті істотної умови, суд може реконструювати цю умову, нав'язуючи тим самим сторонам права і обов'язки, на які вони своєю волі не висловлювали. Порушення правової автономії може бути виражено менш або більш інтенсивно, і ця обставина має враховуватися при визначенні доцільності застосування принципу естопель.

За загальним правилом можна вказати наступне: принцип естопель щодо нікчемних правочинів найбільш імовірний у разі, коли обумовлює нікчемність норми, що спрямована на захист інтересів сторін, а принцип естопель в інших випадках найбільш імовірний тоді, коли заборона суперечливої поведінки найменш відчутно вторгається в волю недобросовісної сторони.

Наведений перелік факторів, що підлягають врахуванню при визначенні несправедливості суперечливої поведінки, не є вичерпним. Суд повинен враховувати всі конкретні обставини, які можуть говорити на користь або проти кваліфікації поведінки як несумлінної. Відкритий характер зазначеного переліку чинників зумовлений каучуковим характером принципу добросовісності та поняття справедливості. В цілому наведені «чинники несправедливості» утворюють рухливу систему елементів, де сила одних може компенсувати слабкість інших елементів. Відсутність одних чинників і маркерів несправедливості може компенсуватися яскравою експресією інших. Природно, суди не міркують відповідно до подібного алгоритму, керуючись своєю політико-правовою інтуїцією, але завдання науки полягає в тому, щоб

по можливості структурувати логіку такого міркування, підсвітити релевантні фактори і відсікти непотрібне, щоб забезпечити більшу правову визначеність і передбачуваність вирішення спорів.

Як ми бачимо, обов'язковими умовами, без яких застосування принципу естопель неможливо, є наявність виправданої довіри у добросовісної особи, свідомість іншої сторони виникнення такої довіри і явна несправедливість підриву довіри, а фактор адаптації поведінки і виникнення збитків в результаті підриву довіри вище зазначений не як беззастережна передумова для застосування принципу естопель, а як один з факторів, що свідчать на користь несправедливості підриву довіри. У ряді ситуацій цей фактор може й не бути. Але слід визнати, що питання про те, чи є адаптація поведінки і шкоди суворо обов'язковою умовою або одним з можливих факторів, що вказують на наявність підстав для застосування принципу естопель, спірне [4].

Подібна ідея може допомогти прояснити правові наслідки голосування в міжнародних організаціях. У Консультативну висновку за деякими видами витрат ООН 1962 року можна знайти висновки, що підтверджують подібний підхід, відповідно до якого держава-учасник після повторних голосувань на підтримку декларації не має права посылатися на необов'язковий характер резолюції, щоб уникнути фінансових наслідків.

Естопель настає як результат конкретного недотримання правила послідовності в поведінці держави за обставин заявленої (проявленої) довіри щодо цієї поведінки з боку іншої держави. У режимі реальних категорій принцип естопель спрямований за характером своєї інституційної побудови на попередження (в плані виключення негативного) порушення правила послідовності в поведінці держав і, відповідно, на підтримку (в плані забезпечення позитивного) суворого дотримання міжнародно-правових зобов'язань в майбутньому. Стабільність міждержавних відносин, яка визначається дотриманням державами вимог, що встановлюються принципом добросовісності і принципом взаємності, передбачає надання особливого значення правилу послідовності. Послідовність в міжнародно-правовій позиції держави – це і передбачуваність в поведінці, і в конкретному результаті юридична безпека держав-членів світового співтовариства. Держави як суверенні суб'єкти міжнародного права вправі проводити будь-яку зовнішньополітичну політику (в рамках права) і відповідно вносити зміни в свою зовнішньополітичну лінію поведінки. Однак при обставинах, коли кардинальна зміна в поведінці однієї держави може торкнутися негативним чином захищені міжнародним правом суб'єктивні права іншої держави, сумлінно довірившись поведінці першої, останні покликані здійснити попередню нотифікацію передбачуваних змін у своїй міжнародно-правовій позиції. Логічність такого висновку, який знайшов своє наукове закріплення в працях вчених і підтверджений судово-арбітражною практикою (одним з перших на цей рахунок був такий історичний судовий прецедент, як рішення 1843 року між Францією і Англією у справі Портендік «Блокада»), визначається вимогою підтримки стабільності і передбачуваності в міждержавних відносинах.

Принцип естопель в порядку забезпечення юридичної безпеки суб'єктів права вступає в дію і починає здійснювати властивий йому регулятивний вплив тоді, коли автор подання, припускаючи внесення кардинальних змін в свою міжнародно-правову позицію, заздалегідь не нотифікує про ці зміни дестинаторам уявлення. Зазнавши збитків в результаті кардинальної зміни в міжнародно-правовій позиції актора подання, дестинатор уявлення звертається до суду в порядку забезпечення своїх суб'єктивних прав (та в кінцевому підсумку своєї юридичної безпеки), який після констатації ситуації естопель наказує необхідність добросовісного дотримання з боку автора подання послі-

довності в своїй поведінці. Тим самим в аспекті принципу естопель зобов'язання щодо повідомлення передбачуваних змін в міжнародно-правовій позиції держави є важливим елементом належної поведінки на основі принципу добросовісності. Наказуючи необхідність дотримання правила послідовності, принцип добросовісності в поєднанні з можливим застосуванням принципу естопель встановлює такий рівень належної поведінки, при якому виключаються можливі випадки, коли одна держава отримує переваги з власної протиправної поведінки. Недотримання міжнародного зобов'язання в результаті зміни міжнародно-правової позиції держави є по суті очевидно протиправним діянням і через естопель відновлюється в рамки належної поведінки.

Під належним тут розуміється послідовність і, відповідно, суворе дотримання всіх, які виявили себе відповідним чином в поведінці держав, міжнародних зобов'язань.

Протиправна (в сенсі така, що порушує раніше прийняте міжнародне зобов'язання), суперечлива поведінка держави не може служити основою для наступних дій цієї держави в суді. Спроби довести допустимість своєї зміненої кардинальним чином міжнародно-правової позиції визнаються по суду неприйнятними, і суд в звичайному порядку відмовляє у провадженні за актом відповідної держави.

Багатоплановість можливого застосування принципу естопель в кінцевому підсумку зводиться до однієї юридичної категорії – необхідність дотримання в суворій відповідності з принципом добросовісності правила послідовності в поведінці держав. Міжнародне право за допомогою такого складного (з урахуванням властивих йому чотирьох конститутивних елементів) юридичного механізму, як естопель, домагається досягнення свого головного завдання: забезпечення правової безпеки своїх суб'єктів і зміцнення міжнародного правопорядку.

ЛІТЕРАТУРА

1. Агарков М.М. Проблема злоупотребления правом в советском гражданском праве. *Гражданско-правовая практика*. Информационный бюллетень. Екатеринбург, 2002. Вып. 5. С. 97-108.
2. Седова Ж. И., Зайцева Н. В. Принцип эстоппель и отказ от права в коммерческом обороте Российской Федерации. Москва. 2014. 159 с.
3. Муллина Ю.Н. Эстоппель и другие формы воплощения запрета противоречивого поведения в частном праве: сравнительно-правовой анализ. Опыт гражданского исследования: сборник статей. Выпуск 2. Отв. ред. А.М. Ширвиндт, Н.Б. Щербаков. Москва. 2018. 368 с.
4. Zimmermann R., Whittaker S. Good faith in European contract law. Cambridge University Press, 2000. 754 p.
5. Віденської конвенції про право міжнародних договорів 1969 року. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_118#Text.

ПРО ВПРОВАДЖЕННЯ ГЛОБАЛЬНИХ СТАНДАРТІВ АДМІНІСТРАТИВНИХ ПРОВАДЖЕНЬ В НАЦІОНАЛЬНИХ ПОЛІТИКАХ ТА ЗАКОНОДАВСТВІ

ON THE IMPLEMENTATION OF GLOBAL STANDARDS OF ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS IN NATIONAL POLICIES AND LEGISLATION

Малетич М.М.
кандидат юридичних наук

Про впровадження глобальних стандартів адміністративних проваджень в національних політиках та законодавстві. У статті розглянуто зміст основних глобальних стандартів, що застосовуються до адміністративних проваджень на різних рівнях реалізації політик: від глобального до локального. Обґрунтовано важливість впровадження на національному рівні спільних глобальних та європейських стандартів адміністративних проваджень, що сприятиме формуванню прозорих та порівняно прискорених проваджень з гранично чіткими вимогами щодо прийняття адміністративних рішень. Розглянуто аспекти міжнародного співробітництва на рівні європейських держав та їх національних адміністративних органів, що забезпечується шляхом підтримки справедливого правопорядку на глобальному, європейському та національному регіональному та локальному рівнях.

Узагальнено, що впровадження глобальних стандартів в адміністративних провадженнях потребує якісного перегляду застарілих положень національного адміністративного законодавства. Зроблено висновок про те, що реалізація глобальних та європейських політик потребує формування спільного законодавства для забезпечення їх реалізації з урахуванням глобальних та європейських адміністративних проваджень, адже спільні засади правового регулювання здатні значно прискорити не тільки управлінські процеси, але й торгівельну співпрацю. Для України впровадження глобальних стандартів адміністративних проваджень також є бажаним і на рівні національного адміністративного законодавства, щоправда з урахуванням національних адміністративних традицій взаємодії адміністративних органів та приватних осіб.

Ключові слова: адміністративний орган, стандарт, глобальне адміністративне право, транснаціональна корпорація, регуляторний режим, адміністративне законодавство, глобальна політика.

On implementation of global standards of administrative proceedings in the national policies and legislation. In this article author's reviewed the essence of the main global standards, implemented in administrative proceedings at different levels of policies realization: from global to local level. Author's substantiated importance of implementation at national level of common global and European standards of administrative proceedings, that would support development of transparent and effective demands to administrative decision-making. Author's discussed issues of international co-operation at the level of European states and their national administrative bodies, that is to be provided through support to world justice mechanisms at global, European and national regional and local levels.

Author's generalized, that implementation of global standards in administrative proceedings needs qualitative review of the outdated provisions of national administrative legislation. Conclusions were made as to realization of global and European policies, that has impact on development of common legislation to provide their realization with respect to global and European administrative proceedings, as common grounds of legal regulation would intensify not only managerial process, but also trade activity & co-operation. For Ukraine implementation of global standards of administrative proceedings is desirable both at the level of national administrative legislation, but with respect to national administrative traditions of co-operation of administrative bodies and private persons.

Key words: administrative body, standard, global administrative law, transnational corporation, regulatory regime, administrative legislation, global policy.

Актуальність вивчення сучасних глобальних стандартів адміністративних проваджень підвищується в контексті поживлення міждержавної взаємодії та надання міжнародної допомоги Україні різними країнами світу. Міжнародне співробітництво на рівні європейських держав та їх національних адміністративних органів забезпечується шляхом підтримки справедливого правопорядку на глобальному, європейському та національному рівні шляхом впровадження спільних політик, законодавства, вимог до адміністративних проваджень.

Метою цієї статті є висвітлення змісту та проблем впровадження на національному рівні низки нових для українського законодавства стандартів, що сформовані на глобальному рівні та потребують поступового провадження у вітчизняне законодавство та правозастосовну практику органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування.

Серед основних завдань цієї статті слід відмітити: вивчення змісту, значення центральних глобальних стандартів адміністративних проваджень та формулювання пропозицій та рекомендацій щодо удосконалення вітчизняного правового регулювання, реалізації політик з урахуванням європейського досвіду та прийняття низки нових, спеціальних актів законодавства, спрямованих на уніфікацію підходів щодо нормативного закріплення стандартів адміністративних проваджень, розроблених на глобальному рівні для інтенсифікації міжнародної торгівлі та руху послуг.

Формування сучасних європейських та глобальних стандартів в сфері реалізації компетенції адміністративних органів та позиції «людиноцентристської концепції» були обґрунтовані у працях В.Б. Авер'янова, Ю.П. Битяка, І.П. Голосніченка, І.А. Грицяка, Т.О. Губанової П.В. Діхтієвського, Р.А. Калюжного, М.І. Козюбри, Т.О. Коломоець, В.К. Колпакова, Р.О. Куйбіди, Д.М. Лук'янца, В.П. Перепелюка, О.О. Соколенко, А.М. Школика та низки інших. Проте зміст та характеристика глобальних стандартів адміністративних проваджень залишилися по-за увагою вітчизняних вчених.

До переліку основних глобальних стандартів адміністративних проваджень зарубіжними вченими та дослідниками відносяться такі важливі вимоги та правила взаємодії адміністративних органів з приватними особами: 1) верховенства права; 2) участі; 3) прозорості; 4) розумних строків; 5) вимоги щодо повідомлення учасника адміністративного провадження; 6) вимоги щодо консультування учасника адміністративного провадження; 7) гармонізації заходів адміністративних органів; 8) еквівалентності застосовуваних адміністративними органами заходів; 9) контрольних процедур (проваджень) тощо [1].

Стандарт дотримання принципу верховенства права в адміністративних провадженнях національних адміністративних органів відіграє особливо важливе значення для деталізації способів, форм дотримання принципу верховенства права в адміністративній діяльності. Оскільки в національних адміністративних органах можуть бути різні підходи

до закріплення функцій та повноважень адміністративних органів, транснаціональні корпорації зробили значний внесок у розробку спільних засад адміністративної діяльності, що дозволяють пришвидшити, підвищити ефективність, відповідальність адміністративних органів, які відповідають за розробку та оформлення адміністративних документів для такої взаємодії на міжнародному рівні [2]. Тому важливо враховувати доцільність прямого закріплення на рівні спеціального закону про засади адміністративних проваджень вимог щодо дотримання принципу верховенства права в діяльності адміністративних органів та практичній взаємодії адміністративних органів з приватними особами.

Принцип верховенства права на глобальному рівні розглядається як сума вимог щодо юридичної визначеності, якості закону, недискримінації, виконання рішень адміністративних та судових органів, судового контролю тощо. Проте в кожній правовій системі обсяг його тлумачення різняться в залежності від волі та інтересів політичної верхівки суспільства [3].

В Україні також, тлумачення принципу верховенства права є досить суперечливим [4], а для захисту інтересів та порушених прав приватних осіб часто використовуються судовий механізм, який передбачає використання формули верховенства права, закріпленої в Кодексі адміністративного судочинства України та в судовій практиці Європейського суду з прав людини.

Стандарт участі в адміністративних провадженнях національних адміністративних органів розкривається через дотримання вимог щодо забезпечення реалізації прав учасників різних видів позитивних проваджень, зокрема, безспірного характеру, для цього формуються уніфіковані вимоги щодо доступності адміністративних послуг, прийняття індивідуальних адміністративних актів, укладання адміністративних договорів. Стандарт участі не обмежується залученням фізичних осіб, він також передбачає важливість замученості юридичних осіб, громадських організацій та різного роду асоціацій, союзів, політичних партій до вирішення питань місцевого значення в європейських адміністративних провадженнях при реалізації політик європейського рівня на національному та локальному рівнях.

Участь має бути забезпечена усім тим суб'єктам, які мають легітимний інтерес при вирішенні індивідуальної адміністративної справи [5], тобто в такий спосіб, що забезпечує рівний доступ усім зацікавленим особам до місця, часу, способу, території, з урахуванням достатніх технічних та елементарних знань до місця, органу, організаційної форми проведення засідання адміністративного органу з означеного питання. Участь може бути передбачена і для великої кількості осіб, в т.ч. шляхом одночасного виконання встановленої вимоги Європейською Комісією для всіх національних публічних адміністрацій, та, громадян відповідних країн, шляхом добровільного виконання встановлених обов'язків.

Порушення стандарту участі призводить до неможливості набрання законної сили адміністративним актом через вади процедури її прийняття, що обґрунтовуються відсутністю попереднього громадського обговорення, консультацій з громадськістю на різних стадіях підготовки нормативного адміністративного акту, а також з підстав неврахування думки, інтересів суб'єктів – учасників адміністративного провадження за ознакою наявності спільного інтересу при вирішенні питання, що належить до юрисдикції адміністративного органу. Щоправда стандарт участі не застосовується до адміністративно-деліктних проваджень, де застосування адміністративного стягнення не передбачає консультування з громадськістю, а встановлює чіткий порядок оформлення та вступу в силу відповідного процесуального документа.

Стандарт прозорості в адміністративних провадженнях визнається самостійним інструментом глобаль-

ного регуляторного режиму та стандарту, що застосовується до низки адміністративних проваджень в провідних країнах світу. Центральною вимогою даного стандарту є зобов'язання адміністративних органів опубліковувати вимоги до адміністративної діяльності та розгляду справ приватних осіб у такий спосіб, щоб вони були зрозумілі та відомі іншим учасникам адміністративних проваджень.

Передбачається надання розумного строку перед вступом в законну силу нових вимог адміністративних органів щодо ведення бізнесу, розгляду індивідуальних справ, що було в першу чергу спрямовано на те, щоб партнери-постачальники з різних країн могли забезпечити відповідність адміністративних документів новим вимогам адміністративних органів та мати час для внесення відповідних корективів у свою експортну діяльність.

До означених вимог також додаються стандарти інформування та консультування громадян, завдяки чому доведення змісту та вимог глобальних стандартів до учасників адміністративних проваджень відбувається на постійній, централізованій основі, як і їх виконання.

Стандарт гармонізації в адміністративних провадженнях визнаний самостійним інструментом глобального регуляторного режиму, що застосовується для різних видів адміністративних проваджень, полягає у забезпеченні відповідності засобів впливу національних адміністративних органів міжнародним стандартам, рекомендаціям, що формуються на глобальному рівні. Хоча глобальні стандарти і не визнаються юридично обов'язковими, проте їх дотримання забезпечується завдяки високому авторитету міжнародних інституцій, а також тих додаткових можливостей, які надає участь на постійній основі в глобальних та міжнародних організаціях окремим національним державам.

Розглянутий перелік глобальних стандартів для національних адміністративних проваджень не є зафіксованим на законодавчому рівні, а переважно їх дотримання забезпечується шляхом можливості оскарження через європейських конвенційний механізм захисту прав людини. На мій погляд, поступове впровадження означених стандартів має важливе значення не тільки для розвитку вітчизняної доктрини з урахуванням європейського досвіду, але й для інтенсифікації євроінтеграційних процесів, забезпечення доступності української публічної адміністрації функціонально та компетенційно для великої кількості європейських фізичних та юридичних осіб, які бажають увійти на український ринок, проте не довіряють національним стандартам ведення адміністративної діяльності.

Що стосується аспекту реалізації вироблених на глобальному та європейському рівнях політик, слід пояснити, що їх зміст залежить від багатьох чинників, на які впливають в істотний спосіб ключові гравці світової шахівниці – країни-колонізатори, транснаціональні корпорації, які мають інтереси в світовій політиці та торгівлі, країни-союзи, що об'єднують інтереси континентів, їх складових та лобіюють захист і збереження доходів певних груп населення.

Реалізація означених політик на національному рівні, де-юре, мала б зустрічати значний спротив національних урядів та парламентів, проте, на сучасному етапі можна стверджувати, що вмонтовані в державні механізми посади, що заміщуються представниками політичних еліт з інтересами, залученими в діяльність міжнародних компаній, транснаціональних корпорацій, дозволяють впливати на прийняття лояльних рішень та санкціонування на національному рівні реалізації політик, що захищають одиничні інтереси, пролобійовані з глобального рівня. З огляду на це, на мій погляд, важливо встановити принципи та презумпції, які б не дозволяли приймати політики та рішення, що хоч і є провідними для реалізації глобальних інтересів, проте серйозно шкодять національним інтересам окремих держав, здоров'ю їх населення.

Висновки. Впровадження глобальних стандартів в адміністративних провадженнях потребує якісного перегляду застарілих положень національного адміністративного законодавства щодо забезпечення реалізації політик та рішень адміністративних органів на регіональному та локальному рівнях. Що ж стосується реалізації глобальних та європейських політик, в цьому аспекті необхідно створити спільне законодавство для забезпечення їх реалізації з урахуванням глобальних та європейських адміністративних проваджень, адже спільні засади правового регулювання здатні значно прискорити не тільки

управлінські процеси, але й торгівельну співпрацю, що для деяких країн є фактором виживання на світовій палітрі незалежних країн.

Для України впровадження глобальних стандартів адміністративних проваджень також є бажаним і на рівні національного адміністративного законодавства, що правда з урахуванням національних адміністративних традицій взаємодії адміністративних органів та приватних осіб, що має бути забезпечено, на моє переконання, на рівні спеціального загального закону про адміністративні провадження.

ЛІТЕРАТУРА

1. Cassese S. Administrative law in a supranational context: European administrative law/ URL: www.its.law.nyu.edu.
2. Chiti E. Administrative proceedings involving European agencies. URL: <http://law.duke.edu/journals/lcp>.
3. Адміністративна процедура та контроль за діяльністю адміністративних органів в Угорщині, Польщі, Болгарії, Естонії та Албанії. К. : Вид-во УАДУ, 1999. 236 с.
4. Адміністративне право України. Академічний курс: Підруч.: У 2 т.: Т.2 Особлива частина / Ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова) та ін.. – К.: Юридична думка, 2005. – 624 с.
5. Аэдмаа А., Лопман Э., Паррэст Н., Пилвинг И., Вэне Э. Руководство по административному производству. Тарту: Издательство Тартуского университета. 2005. 630 с.

ОБЪЕКТИВНА СТОРОНА СКЛАДУ АДМІНІСТРАТИВНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ У СФЕРІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРАВА ІНТЕЛЕКТУАЛЬНОЇ ВЛАСНОСТІ

OBJECTIVE SIDE OF THE BODY OF THE ADMINISTRATIVE OFFENSE IN THE FIELD OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHT IMPLEMENTATION

Капітаненко Н.П., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри менеджменту організацій та управління проектами
Інженерного навчально-наукового інституту
Запорізького національного університету

В статті досліджено та розкрито об'єктивну сторону складу адміністративного правопорушення за порушення законодавства у сфері реалізації права інтелектуальної власності на основі аналізу чинного законодавства України й практики його реалізації, наукових досягнень юридичної науки.

Встановлено, що склад адміністративного правопорушення у сфері реалізації права інтелектуальної власності становить сукупність передбачених нормами права ознак, які є достатні і необхідні для встановлення винного, протиправного, шкідливого, караного діяння як адміністративного проступку.

Визначено, що сутність об'єктивної сторони правопорушення полягає в тому, що вона характеризує ступінь і зміст суспільної шкідливості дії або бездіяльності особи, створюючи підстави для правильної кваліфікації діяння. Саме тому важливим є аналіз об'єктивної сторони для юридичної оцінки правопорушення.

З'ясовано, що стосовно досліджуваної проблематики більшість адміністративних правопорушень здійснюється шляхом дії. Склади адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності в більшості альтернативні, вони описують кілька діянь в межах однієї норми права. Виявлено, що склад адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності формальні, вони не містять положень про шкідливі наслідки, відповідальність суб'єкта настає за сам факт вчинення діяння.

Встановлено бланкетний характер норм права щодо адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності. За таких обставин для встановлення об'єктивної сторони проступку в повному обсязі необхідно звертатися безпосередньо до спеціальних законів, які регулюють відповідні відносини. Спеціальні закони надають перелік видів правопорушень, які є найбільш характерними для сфери застосування певного об'єкта інтелектуальної власності. Факультативні ознаки об'єктивної сторони складів адміністративних правопорушень включено безпосередньо в конструкцію правових норм.

Встановлено, що чітке визначення протиправних дій з їх конкретизацією в нормах кодифікованого адміністративно-правового акту, спеціальних законів, узагальненнях правозастосовної практики створить умови для встановлення об'єктивної сторони адміністративних правопорушень в повному обсязі і подальшої справедливої юридичної оцінки порушень чинного законодавства.

Ключові слова: адміністративне правопорушення, склад правопорушення, об'єктивна сторона, право інтелектуальної власності, реалізація права.

The article examines and reveals the objective side of the body of the administrative offense for violation of legislation in the field of intellectual property right implementation based on the analysis of current legislation of Ukraine and the practice of its implementation, scientific achievements of legal science.

It is established that the body of an administrative offense in the field of intellectual property right implementation is a set of features provided by legal norms, which are sufficient and necessary to establish a guilty, illegal, harmful, punishable act as an administrative misdemeanor.

It is determined that the essence of the objective side of the offense is that it characterizes the degree and content of social harm of the action or inaction of the person, creating a basis for the correct classification of the act. That is why it is important to analyze the objective side for the legal assessment of the offense.

In the context of the issues under consideration, it was found that most of the administrative offenses are committed by action. The body of administrative offense in the field of intellectual property is mostly alternative, it describes several acts within one legal norm. It was found that the body of administrative offense in the field of intellectual property is formal, it does not contain provisions on harmful consequences, the responsibility of the subject arises for the very fact of the act.

The blanket nature of the legal norms on administrative offenses in the field of intellectual property has been established. In such circumstances, in order to establish the objective side of the misdemeanor in full, it is necessary to refer directly to the special laws governing the corresponding relationships. Special laws provide a list of types of offenses that are most specific to the application field of a particular intellectual property object. Optional features of the objective side of the body of administrative offense are included directly in the construction of legal norms.

It is established that a clear definition of illegal actions with their specification in the norms of codified administrative law act, special laws, and generalizations of law enforcement practice will create conditions for establishing the objective side of administrative offenses in full and further fair legal assessment of violations of current legislation.

Key words: administrative offense, body of the offense, objective side, intellectual property right, right implementation.

Актуальність теми дослідження. Розбудова української державності потребує реформування та вдосконалення правової системи України, в тому числі, її складової – адміністративного права. Нова адміністративна доктрина має створити умови для служіння держави інтересам громадян шляхом всебічного забезпечення пріоритету їх прав, свобод та законних інтересів в сфері діяльності публічної адміністрації [1, с. 5]. Саме в такому контексті відбуваються дослідження різних інститутів адміністративного права українськими правниками. З таких позицій мають бути врегульовані всі види суспільних відносин, в тому числі, відносини щодо сфери реалізації права інтелектуальної власності.

Серед важливих завдань зазначених перетворень – вдосконалення теоретичних та практичних підходів щодо

такого правового явища як адміністративне правопорушення. В межах означених перспектив в контексті євроінтеграційних процесів особливого значення набуває питання встановлення об'єктивної сторони адміністративних правопорушень, в тому числі у сфері реалізації права інтелектуальної власності, задля правильної кваліфікації протиправного діяння і прийняття справедливого рішення відповідним органом влади, що сприятиме вдосконаленню механізму запобігання і захисту прав на об'єкти інтелектуальної власності. Це актуалізує важливість та практичну доцільність теоретико-практичних досліджень вказаної проблематики.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Різні аспекти адміністративного правопорушення

відображено в працях таких учених-адміністративістів, як: В. Авер'янов, О. Андрійко, Ю. Битяк, А. Васильєв, В. Гарашук, І. Голосніченко, Є. Додін, Г. Забарний, Р. Калужний, Л. Коваль, І. Коліушко, Т. Коломоєць, В. Колпаков, А. Комзюк, Є. Кубко, О. Кузьменко, Є. Курінний, Д. Лук'янець, О. Миколенко, Н. Нижник, О.І. Остапенко, В. Петков, П. Рабінович, В. Сіренко, В. Стефаник, Ю. Тихомиров, Ю. Шемшученко, В. Шкарупа, О. Якуба та ін.

Значний внесок у дослідження сфери права інтелектуальної власності загалом та стосовно адміністративного правопорушення, зокрема, зробили такі правники, як: Г. Андрощук, с. Бондаренко, Ю. Бошицький, О. Бутнік-Сіверський, Е. Гаврилов, В. Дозорцев, В. Дроб'язко, Р. Еннан, В. Жаров, І. Запорожець, А. Козинець, Л. Комзюк, А. Майданевич, Н. Мироненко, Л. Новоселова, О. Орлюк, О. Підпригора, О. Світличний, О. Святоцький, О. Харитонова, О. Харитонов, Г. Черевко, О. Чомахашвілі, А. Чукаєва, О. Штефан та інші. Цінуючи вагомий внесок науковців, варто визнати, що сфера інтелектуальної власності, будучи надзвичайно важливою для сучасного суспільства та надзвичайно динамічною в своєму розвитку, потребує подальшого комплексного дослідження.

Метою статті є дослідження та розкриття об'єктивної сторони складу адміністративного правопорушення за порушення законодавства у сфері реалізації права інтелектуальної власності.

Результати дослідження. Для реалізації окресленої мети у теоретико-практичному аспекті є сенс звернутися до результатів наукових досліджень, чинного законодавства та результатів правозастосовної практики. Так, відповідно до ч. 1 ст. 9 КУпАП адміністративним правопорушенням (проступком) визнається протиправна, винна (умисна або необережна) дія чи бездіяльність, яка посягає на громадський порядок, власність, права і свободи громадян, на встановлений порядок управління і за яку законом передбачено адміністративну відповідальність [2]. Адміністративному правопорушенню притаманні загальноновизнані ознаки, передбачені КУпАП, а саме: діяння, протиправність, винність, караність, суспільна шкідливість. Однак найбільш виразно особливості адміністративного правопорушення проявляються в ознаках його складу. Як справедливо зазначає В. Колпаков «вчення про склад правопорушення посідає одне з центральних місць в адміністративно-правовій науці та має велике значення» [3, с. 43]. Вчений-адміністративіст, розглянувши питання про наявність або відсутність принципової різниці між ознаками проступку і ознаками складу проступку, приходить до висновку про логічний взаємозв'язок вказаних явищ. Ознаки, наведені в законі, визнає В. Колпаков, одержані досвідним шляхом знання (апостеріорні знання) є інструментом, який слугує для набуття і формування нових знань теоретичного рівня (апріорні знання). Варто підтримати виражену думку правника про те, що ознаки правопорушення «забезпечують розпізнання у різноманітні днів таких, що можуть кваліфікуватися як адміністративні правопорушення», а ознаки складу проступку «забезпечують осмислення зазначених діянь з позицій права і доведення того, що вони є (або не є) в юридичному розумінні адміністративними правопорушеннями, за яке настає адміністративна відповідальність» [3, с. 24-25].

Чинний кодифікований адміністративно-правовий акт використовує поняття «склад правопорушення (проступку)» лише в обставинах, які виключають провадження в справі про адміністративне правопорушення (проступок) (п.1 ст. 247 КУпАП), не надаючи його визначення. В спеціальній літературі була приділена значна увага дослідженню вказаного поняття [4, с. 353; 5, с. 173; 6; 7, с. 133; 8; 9]. Зокрема автори підручника з академічного курсу адміністративного права України визнають складом адміністративного проступку передбачену «нормами права сукупність ознак, за наявності яких відповідне

протиправне діяння визначається саме як адміністративний проступок» [10, с. 433].

Виходячи із аналізу норм чинного законодавства стосовно заданої проблематики адміністративним правопорушенням у сфері реалізації права інтелектуальної власності є протиправне, винне, суспільно шкідливе діяння, яке посягає на врегульовані адміністративно-правовими нормами відносини у сфері власності, сільського господарства та у галузі здійснення підприємницької діяльності щодо об'єктів права інтелектуальної власності і за яке законом передбачено адміністративну відповідальність. Систему адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності складають склади проступків, передбачених ст. ст. 51-2, 107-1, 156-3 (у частині, що стосується об'єктів інтелектуальної власності), 164-3, 164-6, 164-7, 164-9, 164-13, 164-17, 164-18 КУпАП.

Розглядаючи питання по суті, будемо вважати, що склад адміністративного правопорушення у сфері реалізації права інтелектуальної власності становить сукупність передбачених нормами права ознак, які є достатні і необхідні для встановлення винного, протиправного, шкідливого, караного діяння як адміністративного проступку. Однією із ознак складу адміністративного правопорушення є об'єктивна сторона, яку фахівці розуміють як систему передбачених адміністративно-правовою нормою ознак, що характеризують зовнішню сторону проступку [11, с. 230] чи сукупність ознак, що характеризують «зовнішнє вираження проступку та різні обставини його здійснення», тобто прояв правопорушення в об'єктивній реальності» [4, с. 356].

Сутність об'єктивної сторони правопорушення полягає в тому, що вона характеризує ступінь і зміст суспільної шкідливості дії або бездіяльності особи, створюючи підстави для правильної кваліфікації діяння. Саме тому важливим є аналіз об'єктивної сторони для юридичної оцінки правопорушення.

До ознак об'єктивної сторони адміністративного правопорушення належать: 1) адміністративно-правове діяння (дія або бездіяльність); 2) шкідливі наслідки проступку; 3) причинний зв'язок між діянням та суспільно шкідливими наслідками [12, с. 219]. Вказані ознаки науковці визнають як обов'язкові, основні. До факультативних ознак об'єктивної сторони адміністративного правопорушення належать: 1) місце; 2) час; 3) спосіб; 4) засоби; 5) обставини вчинення проступку [10, с. 434]. Факультативні ознаки в кожному конкретному випадку варто виявляти і враховувати під час розгляду окремого адміністративного правопорушення, бо часто самі ці ознаки суттєво впливають на встановлення кваліфікації діяння.

Основною ознакою об'єктивної сторони адміністративних проступків, зокрема у сфері інтелектуальної власності, є протиправне діяння, яке може бути у формі дії (активна поведінка особи) або бездіяльності (пасивна поведінка особи, невиконання нею обов'язків, які вона має виконувати відповідно до встановлених норм права). Відсутність протиправного діяння виключає склад адміністративного правопорушення [5, с. 174]. Стосовно досліджуваної проблематики більшість адміністративних правопорушень здійснюється шляхом дії, що передбачено ст. ст. 51-2, 107-1, 156-3 (у частині, що стосується об'єктів інтелектуальної власності), 164-3, 164-6, 164-7, 164-9, 164-13, 164-17, 164-18 КУпАП. Так, відповідно до ч. 1 ст. 107-1 КУпАП передбачена адміністративна відповідальність за діяння шляхом дії, тобто порушенням законодавства про племінну справу у тваринництві є оформлення сертифікатів племінних (генетичних) ресурсів без урахування даних офіційного обліку продуктивності тварин, офіційної оцінки за типом, результатів генетичної експертизи походження та аномалій тварин, внесення до документів з племінного обліку недостовірних даних. Також за вчинення протиправних дій, а саме за рекламу, а так само

будь-яку іншу діяльність з рекламування знаків для товарів і послуг, інших об'єктів права інтелектуальної власності, під якими випускаються тютюнові вироби, з порушенням вимог чинного законодавства про рекламу, настає адміністративна відповідальність (ч.1 ст. 156-3 КУпАП). В той же час диспозиція ст. 164-17 КУпАП передбачає відповідальність за вчинення правопорушення як шляхом бездіяльності – невчинення власником веб-сайту, постачальником послуг хостингу передбачених законодавством про авторське право і суміжні права дій щодо унеможливлення доступу користувачів мережі Інтернет до об'єктів авторського права і (або) суміжних прав, ненадання або несвоєчасне надання відповіді на заяву суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав власником веб-сайту, постачальником послуг хостингу, нерозміщення власниками веб-сайтів, постачальниками послуг хостингу на власних веб-сайтах, в публічних базах даних записів про доменні імена (WHOIS) достовірної інформації про себе, так і шляхом активної поведінки особи – наведення завідомо недостовірних відомостей у відповіді на заяву суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав, власником веб-сайту, постачальником послуг хостингу.

Склади адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності в більшості альтернативні, вони описують кілька діянь в межах однієї норми права. Так, однозначний склад правопорушення, який передбачає ознаки одного діяння, містить ст. 164-18 КУпАП – наведення особою завідомо недостовірної інформації щодо наявності авторського права і (або) суміжного права у заяві про припинення порушень авторського права і (або) суміжних прав з використанням мережі Інтернет, направленої відповідно до законодавства про авторське право і суміжні права. Диспозиція ст. 51-2 КУпАП надає перелік протиправних діянь – незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, привласнення авторства на такий об'єкт або інше умисне порушення прав на об'єкт права інтелектуальної власності, що охороняється законом, здійснення хоча б однієї з яких передбачає адміністративну відповідальність. Чи наприклад, об'єктивна сторона проступку, передбачена ч. 3 ст. 164-3 КУпАП, полягає в «отриманні, використанні, розголошенні комерційної таємниці, а також іншої конфіденційної інформації з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця». З огляду на сьогодення в контексті сучасного розвитку ринкових відносин актуальним є питання захисту комерційної таємниці (наявність системи правових, адміністративних, організаційних, технічних та інших заходів) суб'єкта правовідносин та застосування відповідальності в разі порушення чинних норм [13, с. 148]. Стосовно зазначеної проблеми Г. Андрощук зазначає, що «вартість і конкурентна перевага компаній сьогодні значною мірою залежать від інтелектуального капіталу у формі комерційної таємниці. Вона сприяє перетворенню інформації на додатковий економічний фактор, при цьому факторним доходом є інформаційна рента» [14, с. 76–77].

Своєю чергою, шкідливі наслідки і причинний зв'язок між діянням та суспільно шкідливими наслідками обов'язкові лише в матеріальних складах адміністративних правопорушень, для правопорушень з формальним складом закон вимагає встановлення тільки факту діяння [5, с. 174]. З цього приводу правники зазначають, що «шкідливі наслідки в правопорушеннях з формальним складом хоча і можуть настати, але лежать за межами складу проступку» [10, с. 434]. Щодо сфери інтелектуальної власності, то склади відповідних адміністративних правопорушень формальні, вони не містять положень про шкідливі наслідки, відповідальність суб'єкта настає за сам факт вчинення діяння. Так, відповідно до ст. 51-2 КУпАП незаконне використання об'єкта права інтелектуальної власності, а саме винаходу, корисної моделі, промислового зразка, знака

для товарів і послуг, топографії інтегральної мікросхеми, раціоналізаторської пропозиції, сорту рослин є діянням, яке входить до складу адміністративного правопорушення і тягне за собою накладення штрафу від десяти до двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян з конфіскацією незаконно виготовленої продукції та обладнання і матеріалів, які призначені для її виготовлення [2]. Відтак законодавець сформулював диспозицію ст. 51-2 КУпАП без зазначення шкідливих наслідків. Однак, в той же час до ст. ст. 176, 177, 229 КК України включено положення про розмір шкоди. Так, відповідно до ч. 1 ст. 177 КК України за те ж саме умисне порушення права на ці об'єкти, якщо це завдало матеріальної шкоди у значному розмірі (матеріальна шкода вважається завданою в значному розмірі, якщо її розмір у двадцять і більше разів перевищує неоподатковуваний мінімум доходів громадян), передбачається кримінальна відповідальність [15].

Досліджуючи діяння суб'єктів правовідносин, варто враховувати бланкетний характер положень норм права щодо адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності. За таких обставин для встановлення об'єктивної сторони проступку в повному обсязі необхідно звертатися безпосередньо до спеціальних законів, які регулюють відповідні відносини. Так, диспозиція ст. 51-2 КУпАП передбачає відповідальність за «незаконне використання» об'єкта права інтелектуальної власності, не надаючи визначення чи тлумачення поняття. В Узагальненнях застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення у сфері інтелектуальної власності (статті 51-2, 164-9 КУпАП) зазначається, що «особливість ст. 51-2 КУпАП полягає в тому, що її нормами передбачено як адміністративну відповідальність за вчинення незаконних дій з об'єктами права інтелектуальної власності, так і захист інтересів суб'єктів, право інтелектуальної власності яких порушено такими діями». У зв'язку з тим, що правовідносини щодо окремих груп об'єктів права інтелектуальної власності регулюються спеціальними законами, при провадженні в адміністративній справі слід керуватися положеннями того спеціального закону [16]. Саме тому для з'ясування зазначеного у ст. 51-2 КУпАП змісту поняття «незаконне використання» необхідно звертатися до спеціальних законів України: «Про авторське право і суміжні права» від 23 грудня 1993 року, «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року, «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 року, «Про охорону прав на компонування напівпровідникових виробів» від 5 листопада 1997 року, «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» від 15 грудня 1993 року, «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних» від 23 березня 2000 року.

Із матеріалів узагальнення судової практики вбачається, що незаконним використанням об'єкта права інтелектуальної власності вважається оприлюднення, опублікування, відтворення, розповсюдження без згоди автора (власника патенту чи свідоцтва) літературного або художнього твору, фонограми, відеограми, аудіовізуальних творів, передачі організації мовлення, комп'ютерної програми, бази даних, наукового відкриття, винаходу, корисної моделі, промислового зразка, знака для товарів і послуг, топографії інтегральної мікросхеми, раціоналізаторської пропозиції, сорту рослин тощо (це зазначено у названих вище законах України) [16]. Так, відповідно до ч. 2 ст. 39 Закону України «Про охорону прав на сорти рослин» від 21 квітня 1993 року використанням сорту визначається: а) виробництво або відтворення (з метою розмноження); б) доведення до кондиції з метою розмноження; в) пропонування до продажу; г) продаж або інший комерційний обіг; д) вивезення за межі митної

території України; е) ввезення на митну територію України; є) зберігання для будь-якої із цілей, зазначених у пунктах «а» – «е». Відтак, ніхто без дозволу володільця патенту не може здійснювати щодо посадкового матеріалу сорту такі дії [17]. Як підсумок, вчинення зазначених дій без згоди володільця патенту є незаконним. Подібні положення про права правласників щодо об'єктів інтелектуальної власності містить кожен із вказаних законів.

Важливо також акцентувати увагу на тому, що спеціальні закони надають перелік видів правопорушень, які є найбільш характерними для сфери застосування певного об'єкта інтелектуальної власності. Так, згідно із Законом України «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг» від 15 грудня 1993 року типовими порушеннями прав власника свідоцтва на знаки для товарів і послуг є: вчинення без згоди власника свідоцтва дій, що потребують його згоди; готування до вчинення таких дій; використання без згоди власника свідоцтва в доменних іменах торговельних марок та позначень, вказаних у законі; наявність на товарі, його упаковці незаконно використаної торговельної марки або позначення, схожого з нею настільки, що їх можна сплутати; знищення виготовлених зображень торговельної марки; позначення, схожого з нею настільки, що їх можна сплутати (ст. 20 Закону) [18].

Факультативні ознаки об'єктивної сторони складів адміністративних правопорушень надають можливість правильно кваліфікувати протиправне діяння. Законодавець щодо сфери інтелектуальної власності включив безпосередньо в конструкцію правових норм певні факультативні ознаки. Наприклад, час вчинення правопорушення містить ч. 1 ст. 164-17 КУпАП, вказуючи на несвоєчасне надання відповіді на заяву суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав власником веб-сайту, постачальни-

ком послуг хостингу, наведення завідомо недостовірних відомостей у відповіді на заяву суб'єкта авторського права і (або) суміжних прав. Так, спосіб вчинення правопорушення передбачає ч. 1 ст. 164-6 КУпАП – демонстрування фільмів або розповсюдження фільмів шляхом продажу чи передачі в прокат фільмокопій без державного посвідчення на право розповсюдження і демонстрування фільмів; ч. 3 ст. 164-3 КУпАП – отримання, використання, розголошення комерційної таємниці, а також іншої конфіденційної інформації з метою заподіяння шкоди діловій репутації або майну іншого підприємця тощо. Встановлення та врахування часу, місця, способів, засобів, обставин вчинення проступку має важливе значення для кваліфікації адміністративного правопорушення.

Висновки. Вищесказане дозволяє зробити висновок, що заявлена проблематика є багатогранною і потребує, безумовно, подальшого розроблення, наукового осмислення комплексу проблем, пов'язаних із розробкою і втіленням у життя механізму реалізації права інтелектуальної власності.

Аналіз стану адміністративно-правового регулювання сфери реалізації права інтелектуальної власності щодо правопорушень свідчить про необхідність виокремлення в окрему главу КУпАП адміністративних правопорушень у сфері інтелектуальної власності. Потребує розширення переліку об'єктів адміністративних правопорушень у вказаній галузі відповідно до реалій сьогодення. Чітке визначення протиправних дій з їх конкретизацією в нормах кодифікованого адміністративно-правового акту, спеціальних законів, узагальненнях правозастосовної практики створить умови для встановлення об'єктивної сторони адміністративних правопорушень в повному обсязі і подальшої справедливої юридичної оцінки порушень чинного законодавства.

ЛІТЕРАТУРА

1. Авер'янов В. Оновлення доктринальних засад українського адміністративного права у світлі євроінтеграційних вимог. *Юридична Україна*. 2010. № 3. С. 4 – 10.
2. Кодекс України про адміністративні правопорушення: введений в дію Постановою Верховної Ради Української РСР від 07.12.1984 р. *Відомості Верховної Ради Української РСР*. 1984. Додаток до № 51. ст. 122.
3. Колпаков В.К. Адміністративна відповідальність (адміністративно-деліктне право) : навчальний посібник. К. : Юрінком Інтер, 2008. 256 с.
4. Курс адміністративного права України: підруч./ В.К. Колпаков, О.В. Кузьменко, І.Д. Пастух, В.Д. Сущенко [та ін.]. 2-ге вид., перероб. і допов. К.: Юрінком Інтер, 2013. 872 с.
5. Адміністративне право: підручник / Ю.П. Битяк (кер. авт.кол.), В.М. Гарашук, В. В. Богуцький та ін.; за заг. ред. Ю.П. Битяка, В.М. Гарашука, В.В. Зуй. Х.: Право, 2010. 624 с.
6. Колпаков В.К. Адміністративно-деліктний правовий феномен : монографія. К. : Юрінком Інтер, 2004. 528 с.
7. Коваль Л.В. Адміністративне право: Курс лекцій для студентів юрид. вузів та факультетів. К.: Вентурі, 1998. 208 с.
8. Агапов А.Б. Административная ответственность: Учебник. М.: Статут, 2000. 251 с.
9. Бельский К.С. Административная ответственность: генезис, основные признаки, структура. *Государство и право*. 1999. № 12. С. 12-20.
10. Адміністративне право України. Академічний курс : підручник : у 2 т. / ред. колегія: В.Б. Авер'янов (голова). К. : Юридична думка, 2004. Т. 1. Загальна частина. 584 с.
11. Стеценко С. Г. Адміністративне право України: навчальний посібник. Київ: Атіка, 2008. 624 с.
12. Ківалов С. В., Біла Л. Р. Адміністративне право України: навч.-метод. посібник. Одеса: Юридична література, 2006. 488 с.
13. Капітаненко Н.П. Адміністративна відповідальність за отримання, використання та розголошення комерційної таємниці за ч. 3 ст. 164-4 КУпАП. *Підприємництво, господарство і право*. 2019. № 5. С. 147-150.
14. Андрощук Г. Захист комерційної таємниці в США: економічний вплив і практика правозастосування. *Теорія і практика інтелектуальної власності*. 2016. № 1. С. 76 – 85.
15. Кримінальний кодекс України. Прийнятий 5 квітня 2001р. *Відомості Верховної Ради України*. 2001. № 25–26. ст. 131.
16. Узагальнення застосування судами законодавства у справах про адміністративні правопорушення сфері інтелектуальної власності (статті 51-2, 164-9 КпАП) від 01.01.2006 р., підготовлене суддею Верховного Суду України М. А. Колесником, старшим консультантом управління узагальнення судової практики І. Б. Лавровською (магістр права) та головним консультантом управління А. І. Смолкіною. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/na018700-06#Text>
17. Про охорону прав на сорти рослин: Закон України від 21 квітня 1993 року № 3116-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1993. № 21. ст. 218.
18. Про охорону прав на знаки для товарів і послуг: Закон України від 15 грудня 1993 року № 3689-XII. *Відомості Верховної Ради України*. 1994. № 7. ст. 36.

ОСОБЛИВОСТІ СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ ОСІБ З ІНВАЛІДНІСТЮ У СИСТЕМІ ДЕРЖАВНОГО СОЦІАЛЬНОГО ЗАХИСТУ УКРАЇНИ

FEATURES OF SOCIAL PROTECTION OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE SYSTEM OF STATE SOCIAL PROTECTION OF UKRAINE

Аніна О.О.

студентка II року навчання Інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

Стаття присвячена визначенню особливостей соціального захисту осіб з інвалідністю як особливої категорії суспільства в системі державного соціального захисту. Основною ідеєю дослідження слугує постулат про особливе становище осіб з інвалідністю в суспільстві, які потребують посиленої турботи держави і сприяння. Він реалізовується завдяки визначенню терміну «особа з інвалідністю» та природі інвалідності як юридичного явища, аналізу особливостей встановлення інвалідності, характеристик феномену соціального захисту осіб з інвалідністю. Автор окреслює специфіку соціального захисту осіб з інвалідністю у системі державного соціального захисту. Для цього автор зосереджується, передусім, на значенні терміну «особа з інвалідністю» та природі інвалідності як явища, аналізує особливості встановлення інвалідності, характеризує феномен соціального захисту осіб з інвалідністю, а також обґрунтовує місце останнього в системі державного соціального захисту. Його позиція виходить з постулату про особливе становище осіб з інвалідністю в суспільстві, які потребують посиленої турботи держави і сприяння. Також автор зазначає, що законодавець на сьогодні виділяє три категорії осіб з інвалідністю: особа з інвалідністю, особа з інвалідністю з дитинства та дитина з інвалідністю. При цьому підставами для визнання особи такою, що має інвалідність, постають: захворювання, травма або вроджені вади. Така особа обмежена в життєдіяльності при взаємодії з зовнішнім середовищем.

Автор приходить до висновків, що місце соціального захисту осіб з інвалідністю у системі державного соціального захисту визначається, виходячи з особливостей цієї категорії суспільства, яким від природи чи набуто притаманні фізичні або ментальні обмеження. При визначенні політики соціального захисту осіб з інвалідністю держава та інші суб'єкти повинні виходити, передусім, з потреб та інтересів цієї категорії населення, а також враховувати реалізацію повного спектру можливостей, що необхідні їм для активного включення у життя суспільства.

Ключові слова: інвалідність, особа з інвалідністю, соціальний захист, соціальний захист осіб з інвалідністю, правове регулювання встановлення інвалідності.

The article is devoted to the definition of a specific category of social protection of persons with disabilities as a special category of society in the system of state social protection. The main idea of this study is the postulate of the special position of persons with disabilities in society who need increased state's care and assistance. It is implemented through the definition of the term "person with a disability" and the nature of disability as a legal phenomenon, the analysis of the peculiarities of the establishment of disability, the characteristics of the phenomenon of social protection of persons with disabilities.

The author outlines the specifics of social protection of persons with disabilities in the system of state social protection. To do this, the author focuses primarily on the meaning of the term "person with a disability" and the nature of disability as a phenomenon, analyzes the features of disability, characterizes the phenomenon of social protection of persons with disabilities, and justifies the latter's place in the state social protection. His position is based on the postulate of the special position of persons with disabilities in society who need increased state care and assistance. The author also notes that the legislator currently distinguishes three categories of persons with disabilities: a person with a disability, a person with a disability from childhood and a child with a disability. In this case, the grounds for recognizing a person as having a disability are: disease, injury or birth defects. Such a person is limited in life when interacting with the environment.

The author concludes that the place of social protection of persons with disabilities in the system of state social protection is determined based on the characteristics of this category of society, which by nature or acquired inherent physical or mental limitations. In determining the policy of social protection of persons with disabilities, the state and others must proceed primarily from the needs and interests of this category of the population, as well as take into consideration the broad range of opportunities they need for active inclusion in society.

Key words: disability, person disability, social protection, social protection of persons with disability, legal regulation of disability.

Постановка проблеми. Останнім часом суспільство багато уваги приділяє проблемам даної категорії громадян. На думку вчених, такий інтерес продиктований, насамперед, тим, що сьогодні в Україні спостерігається тенденція збільшення осіб з інвалідністю [1,41]. Так, за даними Міністерства соціальної політики України, станом на 1 січня 2020 року в нашій державі мала місце 2,7 млн. осіб з інвалідністю, з яких: понад 222 тис. – з I групою; понад 900 тис. – з II групою; понад 1,4 млн. – з III групою; понад 163 тис. дітей з інвалідністю [2]. В 2019 році вперше визнаними особами з інвалідністю в Україні (від 18 років) стали понад 136 тис. осіб (з них понад 72 тис. осіб – III група інвалідності, понад 48 тис. – II група, понад 15 тис. – I група). Основними причинами стали тут: новоутворення, хвороби системи кровообігу, хвороби кістково-м'язової системи й сполучної тканини. Стосовно дітей з інвалідністю, то слід зазначити, що причинами найбільшої кількості таких випадків інвалідності мають є: вроджені вади розвитку, деформації та хромосомні аномалії; хвороби центральної нервової системи; розлади психіки й поведінки [3]. Отже, кількість осіб з інвалідністю в Україні досить велика, завдяки чому держава повинна

вживати належних й ефективних заходів щодо забезпечення їх прав і можливостей – правових, інституційних, фінансових та ін.

На сьогодні особи з інвалідністю постають однією з найбільш уразливих груп населення, адже завдяки притаманним їм фізичним чи розумовим вадам, такі особи залишаються обмеженими в своїх здатностях самостійно реалізовуватися як повноцінні члени суспільства. Звідси, отже, має місце потреба в особливій підтримці й турботі таких осіб як з боку держави, так і суспільства. Сьогодні в Україні починає суттєво змінюватися й удосконалюватися як законодавство, що регламентує правовий статус та основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю, так і ставлення українського соціуму до цієї категорії населення. Значимим тут є вплив та перелаштування уявлень та прагнень міжнародного співтовариства в цьому напрямку.

Водночас, незважаючи на розгалуженість чинного законодавства України в сфері соціального захисту осіб з інвалідністю, в державі продовжує побутувати патерналістський підхід до цієї сфери суспільних відносин, як і в цілому до сфери соціального захисту. Це означає, що переважно сприяння держави в напрямку до таких осіб

носить в основному дотаційний (пасивний) характер. Разом із тим, сфера активного розвитку й включеності осіб з інвалідністю в життєдіяльність суспільства залишається на досить низькому рівні. Неналежно залишається й сфера реабілітації таких осіб. У свою чергу, роботодавець також залишається слабо змотивований і підтриманий державою щодо сприяння працевлаштуванню осіб з інвалідністю.

Стан дослідження. Теоретичні основи системи соціального захисту населення в цілому можна віднайти в працях вчених: Л. Баранник, Н. Болотіної, Т. Миронової, Л. Павлової, П. Пилипенка, С. Прилипка, М. Руженського, С. Симчука, І. Сироти, В. Утвенка та ін. У свою чергу, різного роду аспекти соціально-правового статусу осіб з інвалідністю стали предметом дисертаційних досліджень, зокрема, Р. Жаворонкова, А. Куцої, Т. Лихіної, Р. Павлюкова. Низка значимих праць, присвячених спеціально галузевим напрямкам соціального захисту осіб з інвалідністю, належить сучасним українським дослідникам: О. Бурлака, О. Віжунов, В. Костюк, Л. Малюга, В. Мельник, О. Паровишник, Т. Шлапко та ін.

Метою статті є окреслити специфіку соціального захисту осіб з інвалідністю у системі державного соціального захисту. Для цього автор зосереджується, передусім, на значенні терміну «особа з інвалідністю» та природі інвалідності як явища, аналізує особливості встановлення інвалідності, характеризує феномен соціального захисту осіб з інвалідністю, а також обґрунтовує місце останнього в системі державного соціального захисту. Наша позиція виходить з постулату про особливе становище осіб з інвалідністю в суспільстві, які потребують посиленої турботи держави і сприяння.

Вклад основного матеріалу. В Україні становище осіб з інвалідністю суттєво відрізняється від решти населення. Йдеться про диференціацію щодо якості життя, яка, на думку О.Д. Балдинок, зумовлена наступними факторами: «недостатність гуманізму та милосердя до людей з особливими потребами в українському суспільстві; нерозвиненість та непристосованість соціальної інфраструктури міст і сільських населених пунктів з урахуванням задоволення основних потреб осіб з інвалідністю; низький рівень матеріального забезпечення та соціального обслуговування, їх недостатня гнучкість; низька якість чи відсутність технічних засобів і пристосувань, необхідних для обслуговування, пересування та праці осіб з інвалідністю; наявність значних труднощів в отриманні якісної професійної освіти, особливо вищої, в задоволенні духовних потреб» [4, 6].

Етимологічно поняття «інвалід» походить з латини та означає «слабкий, безсилий». У тлумачному словнику за редакцією С.І. Ожегова «інвалід» трактується як «людина, що втратила працездатність внаслідок каліцтва, хвороби» [5, 214]. В свою чергу, Оксфордський тлумачний словник визначає «інвалідність» як «фізичну чи розумову ситуацію або становище, при якому особа не здатна вповні або легко користуватися своїм тілом, чи не здатна навчатися легко» [6].

Проблема інвалідності як об'єкт дослідження науки починає розглядатися з XIX ст. Завдяки цьому формуються різноманітні підходи до тлумачення її природи. Серед них відзначимо: 1) медико-педагогічний – передбачає усвідомлення необхідності лікування та сприяння в навчанні осіб з інвалідністю, для чого створюється необхідна інфраструктура; 2) моральний – за якого інвалідність сприймається в якості покарання за гріхи чи проступки, а самі особи з інвалідністю потребують ізоляції від суспільства; 3) філантропічний – розглядає інвалідність як становище людей, що мають певні фізичні чи розумові вади, і які потребують піклування, турботи, допомоги й сприяння в організації їх життєдіяльності [7, 59]. Стає очевидним, що саме медико-педагогічний та філантропічний під-

ходи стали ґрунтом для влаштування системи соціального захисту, що має місце сьогодні.

Наголосимо, що термін «інвалід» щодо відповідної групи населення в міжнародному спілкуванні не вживається. Вважається, що він показує дискримінаційне чи негідне ставлення до таких осіб, що принижує їх людську гідність, її нездатність до повноцінного життя, виконання біологічних та соціальних функцій [8, 79-80]. На противагу цьому, в англійській літературі вживають термін «people with disabilities».

Посилос складність термінології дисбаланс між найменуванням осіб, які мають інвалідність, в побутовому спілкуванні, засобах масової інформації, практичній діяльності працівників, які дотичні до захисту осіб з інвалідністю (соціальні працівники, психологи та ін.), а також у науковій літературі та законодавстві України. Серед способів називання осіб з інвалідністю використовуються: «люди з інвалідністю», «люди з обмеженнями життєдіяльності», «неповносправні», «люди з функціональними обмеженнями», «люди з особливими потребами» тощо [9, 82].

Невизначеним навіть залишається те, як позначати – «людина» чи «особа» – яка має інвалідність. З філософської точки зору, тлумачення людини та особи різняться. Людина розуміється як «біопсихосоціальна єдність, в якій через соціальне, біологічне та психічне реалізується людське, що знаходить свій вияв у психологічному, моральному, естетичному, релігійному, політичному». В свою чергу, «особа» це «людський індивід в усій повноті якостей: біологічних, соціальних, духовних, ментальних та тілесних; окремий представник людського роду, який у процесі взаємодії саморозвитку і соціалізації стає індивідуальністю та особистістю» [10, 667, 670].

Отже, як бачимо, поняття «людина» та «особа» однаково відображають єдність та різноманіття якостей (біологічних, соціальних, духовних тощо), які складають сутність чи природу людськості. Іншими словами, розглядувані поняття досить схожі за своїм змістом. Однак, незважаючи на цей фактор, варто наголосити, що у випадку, коли ведеться мова про юриспруденцію, усталеним і більш прийнятним для цієї сфери знання та діяльності є поняття «особа». Переконані, що саме його варто вживати (якщо йдеться про наукову сферу застосування) для позначення людини з інвалідністю.

Разом із тим, на сьогодні складною залишається ситуація з законодавчим уживанням позначення особи, що має інвалідність. Законодавство не містить єдиного розуміння, більше того, по-різному називає осіб з інвалідністю. Так, основний законодавчий акт щодо статусу осіб, які мають інвалідність – Закон України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» – відповідно, саме так формулює цю категорію населення: «особи з інвалідністю». Цікаво, що до кінця 2017 року законодавче формулювання залишалось на рівні «інваліди». Зазначений Закон так і називався: «Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні». При цьому часто в Законі вживається словосполучення «обмежені можливості».

Наведемо кілька інших прикладів законодавчих найменувань. Так, в Указі Президента України «Про додаткові заходи щодо посилення соціального захисту інвалідів та проведення в Україні у 2003 році Року людей з інвалідністю» вживаються терміни «інвалід», «особа з обмеженими фізичними можливостями», «людина з інвалідністю» [11]. В свою чергу, Генеральна угода між Кабінетом Міністрів України, всеукраїнськими об'єднаннями організацій роботодавців і підприємців та всеукраїнськими профспілками і профоб'єднаннями на 2008-2009 роки містить найменування: «інвалід», «особа з обмеженими фізичними і розумовими можливостями», «особа з обмеженими фізичними можливостями» [6]. Плутанина з термінологією має місце й на рівні законотворчої діяльності. До прикладу, Проект Закону України

«Про освіту осіб з обмеженими можливостями здоров'я (спеціальну освіту)» від 05.11.2015 року, відповідно, вживає назву «особа з обмеженими можливостями здоров'я»: це така особа, «яка має фізичні та/або психічні вади, які перешкоджають засвоєнню навчальних програм без створення спеціальних умов для отримання освіти» [12].

По-різному розглядавану нами категорію населення визначають у спеціальній фаховій літературі. Так, М.О. Мілушина вважає, що «особи з обмеженими фізичними можливостями» як найбільш прийнятний для використання термін це особлива соціальна медико-демографічна група суспільства, які притаманні: «а) наявність деяких медико-біологічних чи психологічних обмежень, що ускладнюють повноцінне виконання ряду соціальних функцій, у тому числі комунікативні акції з оточуючими; б) особливий статус, визначений правовими актами та положеннями; в) історично й етнічно сформоване ставлення до цієї групи з боку суспільства та оточення» [8, 82].

На думку Р.М. Жаворонкова, інвалід це «особа, яка має встановлену висновком медико-соціальної експертизи зміну здоров'я внаслідок стійкого порушення функцій та систем організму, що призводить до обмеження життєдіяльності, що виражається в повній чи частковій втраті можливості самостійно здійснювати побутову, суспільну та професійну діяльність, а також до зниження пристосованості до соціального середовища, і таку, що викликає потребу її соціального захисту» [13, 23].

В свою чергу, О.В. Віжунів наголошує на прийнятності застосовувати термін «людина з інвалідністю», що характеризує «індивіда, який має вроджені чи набуті приховані або характерні ознаки розладу здоров'я, що обмежують життєдіяльність людини, що й призводить до соціального захисту для повноцінного функціонування в суспільстві» [9, 85].

Таким чином, сформулюємо в якості проміжного висновку, що найбільш прийнятним, з нашої точки зору, є вживання або найменування «особа з інвалідністю», як це має місце в основному законодавчому акті щодо статусу осіб, які мають інвалідність – Законі України «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні». Саме таке найменування відповідає, передусім, сучасному міжнародному розумінню, яке надане, зокрема, в Конвенції ООН про права осіб з інвалідністю. Окрім цього, така назва не показує можливе негідне ставлення до цієї групи населення, як це має місце з найменуванням «інвалід». Більш того, формулювання «особа з інвалідністю» показує лише на особливості особи, яка є подібною до інших, проте характеризується специфічною рисою – наявністю інвалідності.

На сьогодні Закон «Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні» містить трактування «особа з інвалідністю» як «особа зі стійким розладом функцій організму, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження її життєдіяльності, внаслідок чого держава зобов'язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити їй соціальний захист». Інвалідність законодавцем також визначена як «міра втрати здоров'я», що встановлюється завдяки експертному обстеженню органами медико-санітарної експертизи [14]. В свою чергу, Закон «Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні» розглядає особу з інвалідністю як повнолітню особу зі стійким обмеженням життєдіяльності, якій у порядку, визначеному законодавством, встановлено інвалідність. Інвалідність же являє собою міру втрати здоров'я у зв'язку з захворюванням, травмою (її наслідками) або вродженими вадами, що при взаємодії із зовнішнім середовищем може призводити до обмеження життєдіяльності особи, внаслідок чого держава зобов'язана створити умови для реалізації нею прав нарівні з іншими громадянами та забезпечити їй соціальний захист [15]. Окремо законодавець передбачає

категорії осіб «з інвалідністю з дитинства» та «діти з інвалідністю» (Закон України «Про державну соціальну допомогу особам з інвалідністю з дитинства та дітям з інвалідністю») [16].

Специфіка обмежень життєдіяльності осіб з інвалідністю, які спричинюються через взаємодію останніх із навколишнім середовищем, залежить значною мірою від стану і характеру дефектів, які присутні в таких осіб. Загалом же дослідники виділяють декілька типів бар'єрів як труднощів для осіб з інвалідністю: 1) соціально-економічні – йдеться про неналежну соціальну підтримку з боку держави, низьку кількість місць для працевлаштування, малоабезпеченість; 2) інформаційні – йдеться про відсутність доступу, альтернативних форм і джерел отримання потрібної інформації: сурдопереклад, література шрифтом Брайля, аудіосупровід тощо; 3) архітектурні – йдеться про різного роду перешкоди (ландшафтні, архітектурні), які ускладнюють пересування осіб з інвалідністю; 4) ментальні – йдеться про негативне сприйняття осіб з інвалідністю в суспільстві, внаслідок чого мають місце їх ізоляція, нестача спілкування, емоційна відчуженість та ін. [17, 247].

Законодавець на сьогодні виділяє три категорії осіб з інвалідністю: особа з інвалідністю, особа з інвалідністю з дитинства та дитина з інвалідністю. При цьому підставами для визнання особи такою, що має інвалідність, постають: захворювання, травма або вроджені вади. Така особа обмежена в життєдіяльності при взаємодії з зовнішнім середовищем. Водночас цікавим та значимим є той факт, що при визначенні інвалідності законодавець фіксує обов'язок держави забезпечити соціальний захист та належне сприяння в реалізації прав осіб з інвалідністю не нижче, аніж на рівні з іншими громадянами. В такий спосіб держава виконує функцію соціального вирівнювання стосовно становища осіб з інвалідністю, які деякою мірою обмежені в життєдіяльності, тобто не можуть вповні реалізувати свої потреби, як це має місце для інших громадян, що не мають інвалідності.

Значимий аспект нашого дослідження стосується визначення місця соціального захисту осіб з інвалідністю в системі державного соціального захисту. Передусім тут відзначимо, що явище соціального захисту може розглядатися в двох значеннях: широкому та вузькому. В широкому сенсі соціальний захист це система суспільних відносин, за яких особа здатна самостійно потурбуватися про себе, створивши умови для власної життєдіяльності й духовного розвитку. В свою чергу, вузьке трактування соціального захисту наступне: політична держава, яка прагне в правовий спосіб забезпечити задовільне чи щонайменше необхідне існування для тих груп населення, які потребують особливої підтримки, без якої не в змозі самостійно покращити своє соціальне становище [18, 13]. Слід зазначити, що на сьогодні визначений у рамках Основного закону підхід до розуміння соціального захисту стосовно соціального забезпечення відповідає сучасному його трактуванню на рівні ЄС. Так, до 1998 року в ЄС соціальний захист розглядався в якості комплексу заходів щодо захисту громадян від соціальних ризиків, ототожнюючись із соціальним забезпеченням – грошовими виплатами для населення. Разом із тим, на Європейському форумі ЄС 1998 року дещо змінився акцент у розумінні соціального захисту. Цей інститут почав уживатися в широкому сенсі, охоплюючи соціальне забезпечення, соціальну інтеграцію, надання соціальних послуг, здобуття освіти, охорону здоров'я та ін. [19, 11].

Крім того, у науковій літературі інститут соціального захисту диференціюється на види залежно від суб'єктів, на яких він поширюється. Так, має місце уявлення про загальний, спеціальний та додатковий соціальний захист. Коли йдеться про загальний соціальний захист, то це означає, що він поширюється на загальне коло осіб і утілюється в системі обов'язкового державного соціального

страхування – громадяни, які втратили працездатність на постійній чи тимчасовій основі, чи втратили годувальника, або є безробітні чи похилого віку.

В свою чергу, вчені вважають, що спеціальний соціальний захист поширює свою дію на певні категорії населення чи групи в суспільстві. В цілому тут йдеться про дві такі групи осіб: по-перше, тих, які виконують певний вид державної діяльності: військовослужбовці, працівники органів внутрішніх справ, податкової міліції та ін.; по-друге, тих, щодо яких держава бере на себе зобов'язання підвищити соціальне забезпечення: до прикладу, особливі умови пенсійного забезпечення. Третій вид соціального захисту – додатковий. Саме в його структурі перебуває соціальний захист осіб з інвалідністю. Він у цілому поширюється на особливі категорії населення, які потребують, відповідно, посиленого сприяння з боку держави. Серед них: діти-сироти й діти, позбавлені батьківського піклування, ветерани, особи похилого віку, біженці, особи, які стали жертвами політичних репресій, особи, які постраждали внаслідок катастрофи на ЧАЕС, особи з інвалідністю та інші. В систему такого виду соціального захисту входить низка заходів додаткового сприяння зазначеним категоріям осіб, а саме: надання пільг і компенсацій, здійснення соціального обслуговування, соціальна допомога, фінансування реабілітації тощо [19, 15-17].

Отже, на нашу думку, соціальний захист осіб з інвалідністю є частиною додаткового соціального захисту, який реалізовується стосовно конкретної категорії осіб. На думку В.П. Мельник поняття «соціальний захист осіб з інвалідністю» необхідно розглядати у широкому та вузькому розумінні. Так, у широкому значенні соціальний захист осіб з інвалідністю являє собою «основоположний напрям діяльності суспільства та держави, що передбачає забезпечення належних та доступних механізмів реалізації, гарантування та правової охорони усього комплексу прав осіб з інвалідністю». У свою чергу, у вузькому розумінні це система організаційно-правових форм та видів соціального забезпечення осіб з інвалідністю з метою попередження або подолання наслідків соціальних ризиків зі сторони суспільства та держави [17,8].

Соціальний захист осіб з інвалідністю слід відрізнити від адміністративно-правового захисту таких осіб. Незважаючи на те, що обидва інститути спрямовуються на реалізацію прав та інтересів осіб з інвалідністю як окремої категорії населення (громадян), все ж мають місце відмінні акценти в їх тлумаченні. З точки зору С. Кандиби, адміністративно-правовий захист осіб з інвалідністю це

«цілеспрямований вплив органів публічної адміністрації на забезпечення соціального захисту осіб з інвалідністю з метою отримання всіх соціальних та організаційних заходів допомоги, в тому числі пов'язаних із питаннями фінансового, юридичного характеру, та всіх інших необхідних заходів, пов'язаних із лікуванням та підтримкою здоров'я таких осіб» [15, 105]. Отже, якщо у розумінні соціального захисту інвалідів йдеться про різного роду заходи (організаційні, економічні, юридичні тощо), що реалізуються державою, то при тлумаченні адміністративно-правового захисту осіб з інвалідністю акцент чиниться саме на діяльності органів публічної адміністрації, тобто уповноважених державою суб'єктів, серед функцій яких – здійснення зазначених вище заходів. Тому адміністративно-правовий захист осіб з інвалідністю - це реалізація в діяльності органів публічної адміністрації усіх необхідних заходів соціального захисту цієї категорії осіб.

Висновки. Підсумовуючи вищенаведе, можна прийти до висновку, що будучи складним за своєю сутністю явищем, фактор наявності в суспільстві осіб з інвалідністю спричинює потребу у відсутності зверхнього, зневажливого чи дискримінаційного ставлення до них. Це також покладає зобов'язання на державу забезпечити належний рівень реалізації їх прав, а в суспільстві – культивування турботливого підходу до осіб з інвалідністю. Останні повинні не ізольовуватися, а, навпаки, активно включатися в суспільні процеси. Особи з інвалідністю це особлива категорія населення, яка потребує такого ж особливого ставлення до себе. Соціальний захист осіб з інвалідністю являє собою вид додаткового соціального захисту населення, в основі якого передбачається система правових, організаційних, фінансових та інших заходів, які реалізуються державою щодо цієї категорії осіб, спрямовуючись на вирівнювання їх прав і можливостей у матеріальному забезпеченні, сприянні включеності в суспільне життя, задоволення їх потреб у різних сферах життєдіяльності (повсякденній, професійній, освітній тощо) для їх повноцінної реалізації в суспільстві. Місце соціального захисту осіб з інвалідністю в системі державного соціального захисту визначається, виходячи з особливостей цієї категорії суспільства, яким від природи чи набуто притаманні фізичні або ментальні обмеження. При визначенні політики соціального захисту осіб з інвалідністю держава та інші суб'єкти повинні виходити, передусім, з потреб та інтересів цієї категорії населення, а також враховувати реалізацію повного спектру можливостей, що необхідні їм для активної життєдіяльності.

ЛІТЕРАТУРА

1. Малюга Л. Юридична природа поняття «соціальний захист дітей-інвалідів» / Л. Малюга // *Юридичний вісник*. 2014. № 1. С. 40-45. Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/UJRN/urid_2014_1_9
2. Інвалідність / Міністерство соціальної політики України. URL: <https://www.msp.gov.ua/timeline/invalidnist.html> (дата звернення: 21.04.2021).
3. Соціальний захист населення України в 2019 році. Статистичний збірник. Київ, 2020. 115 с.
4. Балдинюк О.Д. Нормативно-правове регулювання соціально-правового захисту дітей з інвалідністю в Україні. *Науковий часопис НПУ ім. М. Драгоманова. Педагогічні науки*. 2018. Вип. 63. С. 5-9.
5. Ожегов С.И. Словарь русского языка. Москва: Русский язык, 1986. 620 с.
6. Disability / Oxford Learner's Dictionary. URL: <https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/disability?q=disability>
7. Віжунів О.В. Історичні передумови формування поняття «особа з інвалідністю». *Прикарпатський юридичний вісник*. 2019. Вип. 4. С. 58-61.
8. Мілушина М.О. Основні дефініції дослідження осіб з обмеженими фізичними можливостями. *Вісник Дніпропетровського ун-ту ім. А. Нобеля. Педагогіка і психологія*. 2013. № 1. С. 79-83.
9. Віжунів О.В. Доктринальні підходи до розуміння поняття «особа з інвалідністю». *Науковий вісник публічного та приватного права*. 2019. Вип. 5. С. 81-86.
10. Подольська Є.А. Філософія. Підручник. Київ: «Інкос», Центр навчальної літератури, 2006. 704 с.
11. Про додаткові заходи щодо посилення соціального захисту інвалідів та проведення в Україні у 2003 році Року людей з інвалідністю: Указ Президента України від 02.12.2002 року № 1112. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1112/2002#Text>
12. Проект Закону України «Про освіту осіб з обмеженими можливостями здоров'я (спеціальну освіту)» від 05.11.2015 року № 3416. URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=56956
13. Жаворонков Р.Н. Правовое регулирование труда и социального обеспечения инвалидов в Российской Федерации: автореф. дисс. д-ра юрид. наук; спец.: 12.00.05. Москва, 2014. 54 с.
14. Про основи соціальної захищеності осіб з інвалідністю в Україні: Закон України від 21.03.1991 року № 875-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/875-12#Text>

15. Про реабілітацію осіб з інвалідністю в Україні: Закон України від 06.10.2005 року № 2961-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2961-15#Text>
16. Про державну соціальну допомогу особам з інвалідністю з дитинства та дітям з інвалідністю: Закон України від 16.11.2000 року № 2109-III. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2109-14#Text>
17. Панасюк Р.В. Еволюційний погляд на дефініцію «інвалідність». Актуальні проблеми психології. 2018. Вип. 45. С. 240-252.
18. Миронова Т.К. Право и социальная защита. Москва: Права человека, 2006. 336 с.
19. Інвалідність та суспільство: навчально-методичний посібник. / Кол. авторів: Байда Л.Ю., Красюкова-Еннс О.В., Буров С. Ю., Азін В.О., Грибальський Я.В., Найда Ю.М. Київ, 2012. 216 с.
20. Мельник В.П. Поняття та ознаки соціального захисту осіб з інвалідністю: теоретико-правовий аспект. *Часопис* Національного університету «Острозька академія». Право. 2015. № 2. URL: <http://lj.oa.edu.ua/articles /2015/n2/15mvptpa.pdf>
21. Кандиба С. Поняття адміністративно-правового захисту осіб з інвалідністю в Україні. *Підприємництво, господарство і право*. 2020. № 1. С. 101-105.

ОКРЕМІ АСПЕКТИ ВИКОРИСТАННЯ ПОКАЗАНЬ СВИДКА ЯК ДЖЕРЕЛА ДОКАЗІВ В КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОВАДЖЕННІ

CERTAIN ASPECTS OF THE TESTIMONY OF WITNESSES AS A SOURCE OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Денисенко В.В.,
студент Інституту права

Київського національного університету імені Тараса Шевченка

У статті на підставі результатів аналізу вітчизняних наукових праць, чинного кримінального процесуального законодавства, право-застосовної практики досліджується проблемне питання отримання та оцінки показань свідка як окремого джерела доказів у кримінальному провадженні. Статтю присвячено особливостям показань свідків як джерел доказів у процесуальному аспекті. Розкрито питання місця показань свідків серед інших джерел доказів. Надано аналіз положень Кримінального процесуального кодексу України, якими встановлено процесуальний статус свідка у кримінальному провадженні, досліджено поняття свідка як процесуального джерела доказів.

Метою статті є формування правильного уявлення про покази, як окреме джерело доказів у кримінальному провадженні, та які надають такі суб'єкти як свідки. Окрім цього є необхідним з'ясування нормативного змісту окремих положень КПК України, що визначають поняття показань свідків та самого свідка в кримінальному провадженні як процесуального джерела доказів, видів, способи отримання та перевірки.

При здійсненні правосуддя особливість встановлення істини полягає в тому, що дослідженню підлягають факти, дії, події, які мають доказове значення у конкретному кримінальному провадженні. Встановлюються такі відомості шляхом отримання показань від свідків.

Показання свідка є одним з найпоширеніших джерел доказів, які застосовуються на практиці в ході реалізації процесу збирання доказів.

Необхідність дослідження законодавчого врегулювання процесуального статусу джерел доказів, а саме показань та порядку їх отримання, з'ясування їх правової природи та використання в доказуванні, обумовлюється вимогами Кримінального процесуального кодексу України, оскільки саме на підставі показань свідків, у сукупності з іншими доказами, встановлюються обставини, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, що в свою чергу зумовлює актуальність обраного напрямку дослідження. Варто зазначити, що нерідко, за відсутності інших належних та допустимих доказів, судові рішення ухвалюються винятково на підставі показань свідків.

Ключові слова: свідок; кримінальне провадження; показання; кримінальний процесуальний кодекс України; докази; доказування.

Based on the results of the analysis of scientific works, current criminal procedural legislation, law enforcement practice, an article examines the problematic issue of obtaining and evaluating the testimony of a witness as a separate source of evidence in criminal proceedings. The article is devoted to the peculiarities of witness testimony as a source of evidence in the procedural aspect. Article explores problematic issue of the specific place of testimony of witnesses among other sources of evidence. An analysis of the provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which regulates the procedural status of a witness in criminal proceedings, examines the concept of a witness as a procedural source of evidence.

The purpose of the article is to form an accurate idea of testimony as a separate source of evidence in criminal proceedings that is provided by such subjects as witnesses. In addition, it is necessary to clarify the normative content of certain provisions of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which define the concept of testimony of witnesses and the witness himself in criminal proceedings as a procedural source of evidence, of types, and methods of their obtaining and verifying.

While administering of justice takes its place, the peculiarity of establishing the truth is that the facts, actions, events that have probative value in a particular criminal proceeding are subject to investigation. These ones are usually established by obtaining testimony from witnesses.

Witness testimony is one of the most common sources of evidence used in practice during the evidence-gathering process.

The requirements of the Criminal Procedure Code of Ukraine explain the need to study the legislative regulation of the procedural status of sources of evidence, namely testimony, and the procedure for their obtaining, clarifying their legal nature and use in evidence. Based on the testimony of witnesses, conjoined with other evidence, the needed to be proved circumstances in criminal proceedings are established. This in turn determines the relevance of the chosen direction of the research.

Need to be noted, that often, in the absence of other relevant and admissible evidence, a court decision is made solely on the basis of witness testimony.

Key words: witness; criminal proceedings; indication; Criminal Procedure Code of Ukraine; evidence; proving.

Надзвичайно важливим у кримінально-процесуальній діяльності є прийняття судом правильного рішення, яке є можливим за наявності достовірного, допустимого та достатнього доказу.

Оновлення Кримінального процесуального кодексу України [1] (далі – КПК України) призвело до врегулювання питань стосовно джерел доказів, а саме порядку їх формування у кримінальному провадженні, обґрунтування судових рішень лише судовими доказами. Такими є ті, які безпосередньо досліджені судом у судовому засіданні за участю сторін судового процесу, порядку визнання доказів недопустимими [2, с. 153].

Серед закріплених процесуальних джерел доказів виокремлюється найпоширеніше з них, яке використовується в кожному кримінальному провадженні, а саме показання свідка. На їх основі встановлюються обставини кримінального правопорушення, що підлягають доказуванню. Нерідко такі обставини встановлюються винятково на підставі показань, в результаті чого ухвалюється судові рішення. З огляду на це обумовлюється необхід-

ність дослідження їх правової природи, законодавчого регулювання порядку їх отримання і використання в доказуванні.

Проблема доказів, а також їх формування та використання в кримінальному провадженні традиційно належить до тих, що привертають найбільшу увагу фахівців на різних історичних етапах розвитку як держави, так і законодавства. Втім, в ракурсі новітнього законодавства України проблематиці дослідження поки що присвячено не так багато наукових праць, зокрема, можна виділити наукові надбання Ю.П. Аленіна, М.А. Погорецького, Л.Д. Удалової, О.П. Кучинської, О.Г. Шило, В.Ю. Шепітька, М.Є. Шумила, В.П. Гмирка, В.Г. Гончаренка, Ю.М. Грошевого, О.В. Капліної, В.О. Коновалової та інших науковців.

Варто зазначити, що матеріально-методологічна база вітчизняної кримінально-процесуальної науки не достатньо забезпечує всебічний аналіз теми показань свідка та свідка як окремого суб'єкту джерел доказів в кримінальному провадженні. Частково це можна пояснити як

результат прийняття КПК України 2012 року та судової реформи, проведення якої впровадило нові норми у кримінальному процесуальному законодавстві, що, в свою чергу, зумовлює необхідність переосмислення, здавалося б, сталих правових понять, класифікацій та категорій, що, в свою чергу зумовлює актуальність, наукове і практичне значення нашого дослідження.

Мета статті полягає у формуванні правильного уявлення про те, хто є свідком, і про надані ним показання, як окреме джерело доказів в кримінальному провадженні. Окрім цього є необхідним з'ясування нормативного змісту окремих положень КПК України, що визначають поняття показань свідків та самого свідка в кримінальному провадженні.

Згідно положень статті 65 КПК України, свідком є фізична особа, якій відомі або можуть бути відомі обставини, що підлягають доказуванню під час кримінального провадження, і яку викликано для давання показань [4, с. 134, 135].

На думку І.Я. Фойницького, свідком є фізична особа, яка володіє відомостями щодо обставин справи, здобутими шляхом особистого їхнього сприйняття, і викликана до суда для свідчення перед ним цих обставин у встановленому законом порядку [5, с. 232].

Кримінальне провадження визначається КПК України як «досудове розслідування і судове провадження, процесуальні дії у зв'язку із вчиненням діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність» [6, с. 310].

З наведених законодавчих положень витікає висновок щодо можливості допиту особи як свідка під час досудового розслідування, так і у процесі судового провадження. Але поряд з висновком виникає й питання про можливість та підстави використання цих показань у якості доказу для прийняття судом рішення у кримінальному провадженні.

Свідок як окремий суб'єкт джерел доказів у кримінальному провадженні – це фізична особа, яка володіє відомостями щодо обставин кримінального провадження. Як свідок, особа може бути допитана лише після початку досудового розслідування [6, с. 249].

Варто погодитись з С.Ю. Задерейко стосовно того, що інформація про вчинення кримінального правопорушення або про його відсутність у будь-якому разі має певного носія [7, с. 211].

Відомості про такі події розкриваються з певних речей, документально зафіксованих фактів, зі слів людей, яким відома будь-яка інформація про злочин, що надають можливість відтворити, реконструювати обставини, за яких власне було вчинено кримінальне правопорушення [7, с. 211].

Частиною 1 статті 95 КПК України визначено, що показання як процесуальне джерело доказів є відомостями, які надаються в усній або письмовій формі під час допиту підозрюваним, обвинуваченим, свідком, потерпілим, експертом щодо відомих їм обставин у кримінальному провадженні, що мають значення у цьому кримінальному провадженні.

Використання показань як основного джерела інформації під час розслідування та розгляду кримінального провадження можна пояснити тим, що не існує жодного кримінального провадження, де вивчення обставин вчиненого кримінального правопорушення відбувалося лише за допомогою предметів матеріального світу чи документів.

Варто зазначити, що стадії кримінального провадження, наприклад, як досудове розслідування та судовий розгляд [7, с. 210], передбачають обов'язкове залучення як безпосередніх учасників кримінального правопорушення, так і тих осіб, яким відома інформація або про вчинений злочин, або про особу злочинця.

Перш за все, надати відомості про вчинене кримінальне правопорушення, тобто надати показання, може

та особа, яка його вчинила. Зокрема, це відноситься до підозрюваного, обвинувачуваного, оскільки припускається, що ця особа безпосередньо брала участь у вчиненні злочину. Потрібну інформацію для здійснення кримінально-процесуальної діяльності надає також особа, яка зазнала невідгдних для себе наслідків вчинення кримінального правопорушення, тобто потерпілий.

Варто зазначити показання осіб-очевидців вчинення злочину, або тих, кому така інформація відома з інших джерел інформації. Так, показання свідків відіграють не менш важливу роль у здійсненні кримінально-процесуальної діяльності, більше того – інколи показання саме цих осіб бувають більш пріоритетними.

Особлива важливість свідка, як окремого суб'єкта джерел доказів у кримінальному провадженні, та його показань обумовлена тим, що теорія неодноразово зазначає поділ учасників кримінального провадження на зацікавлених у результатах справи і тих, хто відіграє допоміжну роль у здійсненні кримінально-процесуальної діяльності [8, с. 247].

Так, до першої групи зазвичай відносять сторони обвинувачення та сторону захисту. Потерпілий та підозрюваний прагнуть вигідного особисто для себе вигідного підсумку проведення кримінального провадження. Зацікавленість у результатах справи кожної з цих сторін спонукає надавати оцінку їх показанням з особливою ретельністю, оскільки ця особливість може ускладнити визначення об'єктивності показань як потерпілого, так і підозрюваного. Зазвичай обидві сторони дають показання саме на свою користь [8, с. 249].

Свідків як окремих суб'єктів джерел доказів у кримінальному провадженні, та як учасників кримінального процесу, відносять до групи тих осіб, які відіграють допоміжну роль у здійсненні кримінального процесу поруч з експертом, спеціалістом, перекладачем тощо.

Ця група учасників кримінального провадження не має зацікавленості у результатах справи, тому інформація, надана ними, може максимально наблизитися до правдивої.

Свідок у кримінальному провадженні є носієм законного права та інтересу, реалізація яких вимагає як детального нормативно-правового регулювання прав, так і обов'язків та механізму їх реалізації. І якщо нормативно-правове регулювання прав осіб в системі норм вітчизняного права характеризується використанням способу загального дозволу, то свідок, як окремий суб'єкт джерел доказів у кримінальному провадженні, характеризується особливостями широкого використання способу зобов'язання.

О.Г. Шило відмічає, що використання в доказуванні показань окремого суб'єкта джерел доказів у кримінальному провадженні потребує їх оцінки з точки зору належності, допустимості та достовірності. Під останньою автор розуміє властивість доказів, що відображає відповідність їх об'єктивній дійсності, а тому й такі докази не викликають сумнівів.

Оцінка достовірності показань свідка має важливе значення при проведенні допиту, оскільки спонукає сторони кримінального провадження до формулювання питань, спрямованих на можливість її здійснення. У зв'язку з цим частина 1 статті 96 КПК України передбачає право сторін ставити свідку запитання щодо його можливості сприймати факти, про які він, як окремий суб'єкт джерел доказів, дає показання, а також щодо інших обставин, які можуть мати значення для оцінки достовірності показань свідка [9, с. 64].

Свідок зобов'язаний відповідати на такі запитання і якщо його показання не узгоджуються з раніше наданими, він може бути допитаний щодо попередніх показань і причин їх розбіжностей. На достовірність показань свідка можуть впливати фактори об'єктивного та суб'єктивного характеру. З метою доведення недостовірності показань

свідка законодавець надає право стороні надати показання, документи, які підтверджують його репутацію, зокрема, щодо його засудження за завідомо неправдиві показання, обман, шахрайство або інші діяння, що підтверджують нечесність свідка (частина 2 стаття 96 КПК України).

Згідно з О.П. Кучинською, ключовою особливістю свідка як окремого суб'єкта джерел доказів в кримінальному провадженні є його процесуальний статус. На відміну від інших учасників, зокрема потерпілого, підозрюваного, обвинуваченого в нього є наявність законодавчо закріпленого обов'язку давати правдиві показання по суті справи [13, с. 297].

Окрім цього, показання свідка як окреме джерело доказів у кримінальному провадженні характеризуються такою рисою як неупередженість. У зв'язку з тим саме показання свідка відіграють головну роль у прийнятті сторонами кримінального провадження рішення щодо винності або невинуватості особи, щодо якої відкрито кримінальне провадження.

Неодноразово на практиці траплялися випадки, коли це суттєво впливає на прийняття рішення, і, відповідно, кардинально змінюється хід справи. Це ті випадки, коли свідок змінює свої показання. Так, на стадії досудового розслідування свідок може ділитися певною інформацією з уповноваженими особами, яка стала йому відома ще до того, як розпочалось кримінальне провадження [10, с. 354].

Вже на стадії судового розгляду кримінальної справи ця особа може розголошувати нові фактичні дані, які стали йому відомі під час досудового слідства. Це може призвести до різних правових наслідків, в тому числі і до втрати обвинуваченням своїх процесуальних положень.

Відомо, що свідок надає показання, що стосуються як самої події вчинення кримінального правопорушення, так і особи, що брала безпосередню участь у його вчиненні. У зв'язку з тим М.А. Погорецьким класифіковано показання свідків так [10, с. 360]:

1) відомості, надані окремим суб'єктом джерел доказів, щодо самої події кримінального правопорушення – за допомогою цієї інформації відтворюються обставини кримінального правопорушення, відбувається реконструювання цієї події при тому, що вона настала в минулому;

2) відомості, надані окремим суб'єктом джерел доказів, щодо особи правопорушника – ця інформація відіграє не менш важливу роль у здійсненні кримінально-процесуальної діяльності, а її значимість пов'язана з тим, що обставини, які характеризують особу обвинуваченого, допомагають судді на стадії судового розгляду кримінальної справи підібрати індивідуальне покарання, що може застосуватися до самого обвинуваченого [11, с. 10].

В.М. Лушпійко зазначає, що процесуальний статус свідка передбачає його права та обов'язки, гарантії їх реалізації, відповідальність за їх порушення і невиконання у зв'язку з викликом для давання показань та його допитом, а також участю в проведенні інших процесуальних дій [15, с. 200].

Загальна тенденція змін до кримінального процесуального законодавства України, якою є посилення вимог дотримання прав людини у кримінальному процесі, безпосередньо стосується і окремого джерела доказів – показань свідка, його показань на різних стадіях кримінального провадження. Це знайшло свій вияв, зокрема, у доповненні правового статусу свідка правами не свідчити щодо себе, членів своєї сім'ї чи близьких родичів, на адвоката, а також у встановленні заборони використання як доказів показань свідка, отриманих з істотним порушенням прав і свобод людини [15, с. 201].

Показання свідка як окреме джерело доказів у кримінальному провадженні характеризуються ще однією не менш важливою ознакою, а саме суб'єктом надання таких відомостей. Так, свідком може стати будь-яка фізична

особа, якій відома певна інформація про подію вчинення злочину, а також про особу підозрюваного. Така особа відповідно викликається на допит як свідок. Варто зазначити, що поза доказуванням свідок у кримінально-процесуальному сенсі цього слова з'явитися не може.

Частиною 2 статті 65 чинного КПК України визначено, коли особа не може бути допитана як свідок. Стаття 69 КПК України 1960 року встановила, що не можуть бути допитані як свідки:

1) захисник підозрюваного, обвинуваченого чи підсудного про обставини, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням обов'язків захисника;

2) адвокат, представник професійної спілки та іншої громадської організації про обставини, які стали йому відомі у зв'язку з виконанням ним обов'язків представника потерпілого, цивільного позивача і цивільного відповідача;

3) особи, які у зв'язку зі своїми фізичними або психічними вадами нездатні правильно сприймати обставини, які мають значення для справи і давати про них показання.

Мова йде про осіб, яким стала відома потрібна для здійснення кримінального провадження інформація в ході виконання ними своїх професійних обов'язків особи, щодо яких застосовано заходи безпеки, захисник, законний представник потерпілого, цивільного позивача, цивільного відповідача і т. д.

За час дії статті 69 КПК України 1960 року до її тексту вносились зміни. І у новій редакції стаття 69 КПК України 1960 року з'явилась згідно із Законом № 2533-111 від 21.06.2001 – набуває чинності з 29.06.2001. Так, згідно з ч. 1 ст. 69 КПК України 1960 року з 2001 року не можуть бути допитані як свідки:

1) адвокати та інші фахівці у галузі права, які за законом мають право на надання правової допомоги особисто чи за дорученням юридичної особи, нотаріуси, лікарі, психологи, священнослужителі – з приводу того, що їм довірено або стало відомо при здійсненні професійної діяльності, якщо вони не звільнені від обов'язку зберігати професійну таємницю особою, що довірила їм ці відомості;

2) захисник підозрюваного, обвинуваченого, підсудного, представник потерпілого, позивача, відповідача – про обставини, які стали їм відомі при наданні юридичної допомоги підзахисним або довірцям;

3) особи, які згідно з висновком судово-психіатричної чи судово-медичної експертизи через свої фізичні або психічні вади не можуть правильно сприймати факти, що мають доказове значення, і давати показання про них;

4) свідок, який відповідно до статті 52-3 цього Кодексу, дає показання під псевдонімом, – щодо дійсних даних про його особу;

5) особа, яка має відомості про дійсні дані про свідка, який відповідно до статті 52-3 цього Кодексу, дає показання під псевдонімом, – щодо цих даних.

Перш ніж суд буде використовувати показання свідка як джерело доказів, потрібно визначити їх придатність до використання. Мова йде про оцінювання судом показань свідків. Стержем оцінювання показань свідка є внутрішнє переконання судді, що полягає у його впевненості в тому, що ним надано правильну оцінку всіх пред'явлених перед судом доказів. Для повного оцінювання показань свідка потрібно врахувати такі фактори як джерело походження, особа свідка, характер показань свідка, співвідношення показань свідка з іншими джерелами даного провадження з метою виявити суперечності або узгодженості між ними [14, с. 879].

Для оцінювання достовірності показань свідка передбачено застосування кількох методів, а саме оцінювання загальної правдоподібності показань свідка, врахування можливості свідка правильно сприймати обставини вчинення злочину, перевірка взаємопов'язаності всіх частин

показань, перевірка відповідності показань свідка іншим джерелам доказів, особисте спостереження за поведінкою свідка з метою виявлення ознак надання неправдивих показань [14, с. 880].

Найважливішим процесуальним засобом, завдяки якому слідчий, прокурор та суд з'ясовують обставини події, на нашу думку, є показання осіб, які володіють певною конкретною інформацією про подію злочину. Таким чином, показання свідка є основним джерелом доказів у кримінальному провадженні. Саме завдяки таким відомостям може бути забезпечено основне завдання кримінального провадження, а саме встановлення істини.

У результаті дослідження встановлено, що відомості про подію розкриваються з певних речей, документально зафіксованих фактів, зі слів людей, яким відома будь-яка інформація про злочин, що надають можливість відтворити, реконструювати обставини, за яких власне було вчинено кримінальне правопорушення. Отже, логічним є, що інформація про вчинення кримінального правопорушення або про його відсутність у будь-якому разі має певного носія [16, с. 320].

З'ясовуючи сутність та окремі аспекти показань свідка у кримінальному провадженні як джерела доказів, нами було досліджено нормативно закріплені дефініції, так і думки вчених - процесуалістів з окресленого питання. Встановлено, що показання вважаються процесуальними джерелами доказів, а свідок є особою, яка володіє відомостями щодо обставин кримінального провадження, та може бути допитаний лише після початку досудового розслідування [17, с. 253].

Серед іншого, з урахуванням значення показань свідка для досягнення мети і вирішення завдань кримінального процесу держава закріплює обов'язок свідка дати правдиві та змістовні показання про відомі йому обставини події кримінального правопорушення [18, с. 108]. Це підтверджується тим, що поняття показань використовується законодавцем у статті 384 Кримінального Кодексу України, нормами якої встановлено кримінальну відповідальність за завідомо неправдиве показання свідка чи потерпілого, оскільки розглядаються як відомості про факти, що підлягають встановленню у кримінальній справі та мають важливе значення для правильного вирішення справи.

ЛІТЕРАТУРА

1. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. В.Г. Гончаренка, В.Т. Нора, М.Є. Шумила. Київ : Юстініан, 2012. С. 12-24.
2. Кримінальний Процесуальний Кодекс України від 13 квітня 2012 року [Електронний ресурс] / *Відомості Верховної Ради України* (ВВР). – Режим доступу : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/4651-17/con>.
3. Шило О.Г. Загальна характеристика показань як процесуального джерела доказів у кримінальному провадженні. *Вісник кримінального судочинства*. 2015. № 1. С. 151-156.
4. Головка М.Й. Свідок у кримінальному провадженні. *Jurnalul juridic national: teorie și practică*. № 6-2 (28). 2017. С. 133-136.
5. Фойницький І.Я. Курс уголовного судопроизводства: учебник / под ред. А.В. Смирнова. СПб.: Альфа, 1996. 607 с.
6. Кримінальний процесуальний кодекс України. Науково-практичний коментар / за заг. ред. О.М. Бандурка, Є.М. Блажівський, Є.П. Бурдоль [та ін.]. Х.: Право. 2012. 768 с.
7. Задерейко С.Ю. Поняття та властивості показань свідка як джерела доказів. *Правове регулювання економіки*. № 17. 2018. С. 209-217.
8. Рогатинська Н.З., Вербовецька О.С. Процесуальні аспекти показань свідків як джерела доказів. *Актуальні проблеми правознавства*. № 4 (20). 2019. С. 246-251.
9. Денисенко Г.В. Імунітет свідка у кримінальному провадженні: порівняльно-правовий аспект: дис. д-ра філософії : 081, Київський національний університет імені Тараса Шевченка. Київ. 2021. С. 63-66.
10. Погорецький М.А. Функціональне призначення оперативно-розшукової діяльності у кримінальному процесі: монографія. – Х.: Арсіс, ЛТД. 2007. С. 576.
11. Погорецький М.А. Докази у кримінальному процесі: проблемні питання. *Часопис Національного університету «Острозька академія»*. Серія «Право». № 4. 2011. С. 3-11.
12. Погорецький М.А. Початок досудового розслідування: окремі проблемні питання. *Вісник кримінального судочинства*: Київський національний університет імені Тараса Шевченка, ТОВ Правова Єдність. № 1. 2015. С. 93-103.
13. Кучинська О.П. Процесуальний статус свідків: деякі особливості за новим КПК України. *Юридичний часопис Національної академії внутрішніх справ*. № 1. 2013. С. 295-300.
14. Слінько С.С. Процесуальний статус свідка у кримінальному процесі. *Форум права*. № 1. 2012. С. 878–882.
15. Лушпійко В.М. Оцінка показань свідка судом у кримінальному процесі України. *Національний юридичний журнал: теорія і практика*. № 2(24). 2017. С. 200–202.
16. Острійчук О.П. Місце показань в системі процесуальних джерел доказів. *Часопис Київського університету права*. № 3. 2013. С. 319–322.
17. Денисенко Г.В. Межі доказування у кримінальному процесі: *Стан дотримання прав людини в умовах сучасності: Теоретичні та практичні аспекти*. № 7. 2016. С. 252-254.
18. Лозинська Ю.О. Засоби з'ясування достовірності показань свідка у кримінальному провадженні. *Університетські наукові записки*. № 1. 2018. С. 101–112.

CIRCUMSTANCES THAT EXCLUDE THE CRIMINAL ILLEGALITY OF THE ACT UNDER THE CRIMINAL CODES OF UKRAINE AND SOME FOREIGN COUNTRIES

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ПРОТИПРАВНІСТЬ ПОВЕДІНКИ ЗГІДНО КРИМІНАЛЬНОГО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ ТА ІНОЗЕМНИХ ДЕРЖАВ

Soloviova Alina, doctor of law,
Professor of Criminal Law, criminology, civil and commercial law,
Vice-Rector for International Cooperation,
National Academy of Management

У статті аналізується кримінальне законодавство країн Східної Європи. Автором встановлено, що в законодавстві країн Східної Європи закріплений певний перелік обставин, за наявності яких діяння не мало б ознак злочинної протиправності, суспільної небезпечності, провини або покарання. Робиться висновок про те, що в кожній країні Східної Європи ці обставини мають різні назви і певні відмінності в змісті.

Кримінальне законодавство всіх країн Східної Європи закріплює певний перелік обставин, за наявності яких дія не мала б ознак кримінальної протиправності, суспільної небезпеки, вини чи покарання. Найпоширенішими серед них є самооборона та крайня необхідність. Вони отримали визнання у кримінальному праві майже у всіх країнах Східної Європи.

Обставини, що виключають протиправність поведінки, характеризуються рядом спільних рис.

1) Вчинки - це свідомі та вольові дії особи у формі дії чи бездіяльності. Водночас такі вчинки можуть бути виправданими лише в тому випадку, якщо вони спричинені винятковими обставинами, тобто певними причинами, які виправдовують необхідність таких дій.

2) Подібність фактичних, видимих об'єктивних ознак поведінки та злочину. Наприклад, позбавлення життя через необхідну оборону має ті ж зовнішні ознаки вбивства.

3) Дії не мають кримінального характеру; вони характеризуються правомірністю заподіяння шкоди. Така легітимність ґрунтується або на суб'єктивному праві, на авторитеті тощо.

Ключові слова: кримінальне право, обставини, що виключають протиправність діяння, злочин, кримінальне правопорушення, країни Східної Європи.

The article analyses the criminal legislation of the countries of Eastern Europe. The author found that the legislation of the countries of Eastern Europe enshrines a certain list of circumstances, in the presence of which the act would not have signs of criminal wrongfulness, public danger, guilt, or punishment. It is concluded that in each country of Eastern Europe, these circumstances have different names and certain differences in content.

The criminal legislation of all countries of Eastern Europe enshrines a certain list of circumstances, in the presence of which an act would not have signs of criminal unlawfulness, public danger, guilt, or punishment. Since in each country, these circumstances have different names. Those circumstances provided in the Codes of Eastern European countries significantly differ. The most common among them are self-defence and extreme necessity. They have gained recognition in the criminal law in almost all countries of Eastern Europe.

The circumstances precluding wrongfulness of conduct are characterized by a number of common features.

1) Deeds are conscious and volitional actions of a person in the form of action or inaction. At the same time, such deeds can only be justified if they are caused by exceptional circumstances, i.e. certain reasons, which justify the need for such actions.

2) The second sign is the similarity of the actual, visible objective signs of conduct and a crime. For example, deprivation of life due to the necessary defence has the same external signs of a murder.

3) The third sign is that deeds don't have criminal nature; they are characterized by the legitimacy of harm. Such legitimacy is based either on subjective law, on authority, etc.

Key words: criminal law, circumstances precluding wrongfulness of conduct, crime, criminal offense, the countries of Eastern Europe.

The criminal legislation of all countries of Eastern Europe enshrines a certain list of circumstances, in the presence of which an act would not have signs of criminal unlawfulness, public danger, guilt or punishment. Since in each country these circumstances have different names, hereinafter we will define them as "circumstances precluding wrongfulness of conduct".

The circumstances precluding wrongfulness of conduct are characterized by a number of common features.

1) Deeds are conscious and volitional actions of a person in the form of action or inaction. At the same time, such deeds can only be justified if they are caused by exceptional circumstances, i.e. certain reasons, which justify the need for such actions.

2) The second sign is the similarity of the actual, visible objective signs of conduct and a crime. For example, deprivation of life due to the necessary defence has the same external signs of a murder.

3) The third sign is that deeds don't have criminal nature; they are characterized by the legitimacy of harm. Such legitimacy is based either on subjective law, on authority, etc.

According to the Criminal Code of Russian Federation, the circumstances that exclude the crime of an act are justifiable defence; the infliction of harm on a detained person who has committed a crime, extreme necessity, physical or mental coercion, justified risk, and execution of order or instruction.

The Republic of Belarus has a different approach. It mentions necessary defence, the infliction of harm on a detained person who has committed a crime, extreme necessity, mistake in the presence of circumstances precluding the criminal act, staying among accomplices of a crime on a special assignment, justified risk, and execution of an order or instruction.

According to the Criminal Code of Ukraine, the circumstances precluding wrongfulness of conduct include necessary defence, misread defence, apprehension of an offender, extreme necessity, physical or mental coercion, obeying an order or command, an act involving risk, undertaking a special mission to prevent or uncover criminal activities of an organized group or criminal organization.

The Criminal Code of the Slovak republic defines extreme necessity, necessary self-defence, authorized use of a weapon, permissible risk, exercising rights and performing duties, consent of the injured party, acting as an agent as circumstances excluding unlawfulness of an act.

The Criminal Code of Poland enshrines necessary defence, averting an immediate danger, conducting a cognitive, medical, technical or economic experiment, an act while being in error as to a circumstance constituting a feature of a prohibited act, justified but mistaken conviction that a circumstance has occurred which excludes unlawfulness or guilt, justifiably

unaware of its unlawfulness, incapable of recognising its significance or controlling his conduct because of a mental disease, mental deficiency or other mental disturbance.

Those circumstances provided in the Codes of Eastern European countries significantly differ. The most common among them are self-defence and extreme necessity. They have gained recognition in the criminal law in almost all countries of Eastern Europe.

Necessary defence, as a circumstance precluding wrongfulness of conduct, is the lawful behaviour of a person resorting to the protection of interests by causing harm to the offender.

“The foundations of the right to necessary defence lie in the natural, inalienable right of self-defence against any danger. No matter where it comes from... Since the evil or offences committed by someone who protects himself, it is the exercise of a right that everyone understands ... thus, this protection cannot be punished...” (Kistyakivskyy, 1891)

According to the Criminal Code of Ukraine, the necessary defence shall mean actions taken to defend the legally protected rights and interests of the defending person or another person, and also public interests and interests of the state, against a socially dangerous trespass, by inflicting such harm upon the trespasser as is necessary and sufficient in a given situation to immediately avert or stop the trespass, provided the limits of the necessary defence are not exceeded.

Despite the apparent simplicity, the institution of necessary defence is one of the most difficult in its practical application, which is explained by the endless variety of real situations with all their nuances. Therefore, it is not surprising that the vast majority of the rules on necessary defence are not established by the legislator, but by judicial precedents or judicial practice.

In addition to the provisions of the criminal law, it is necessary to take into account clarifications of judicial practice in each specific situation. For example, paragraph 10 of the Decree of the Plenum of the Supreme Court of the Russian Federation of September 27, 2012, No. 19 “On the application by the courts of the legislation on necessary defence and harm during the apprehension of the person who committed the crime” states that when protecting against a socially dangerous encroachment involving violence dangerous to the life of the defender or another person, or a threat of such violence (part 1 of article 37 of the Criminal Code of the Russian Federation), the defending person has the right to inflict harm on the infringing person.

The legislator in most countries of Eastern Europe very broadly defines the acceptable object of protection against encroachment with the necessary defence. It is most widely formulated in the post-soviet countries, according to the Criminal Code of which the necessary defence is allowed when protecting the life, health and rights of the defender or other persons, the interests of the state or society from socially dangerous encroachment.

The conditions of lawfulness of defence relate not only to the nature of the assault, but also to some characteristics of the defender, although not all states contain indications of this in the criminal law.

The Criminal Code of Belarus, Latvia, Lithuania, Russia, Ukraine, directly indicate that this right belongs to all persons, regardless of the opportunity to avoid encroachment or to seek help from other persons or authorities.

One of the conditions for the legitimacy of defence is its conformity with the nature of the encroachment.

Based on the principle of proportionality, the legislation of all countries of Eastern Europe provides liability for exceeding the limits of necessary defence. As a general rule, this liability is mitigated. However, sometimes the legislation allows a complete waiver of punishment. Thus, according to the Criminal Code of Poland, in the event that the limits of necessary defence have been exceeded, in particular when the perpetrator has used a means of defence disproportionate

to the danger of the attack, the court may apply extraordinary mitigation of the penalty and even renounce its imposition (&2 Article 25).

Some Eastern European countries provide a clear definition of exceeding the limits of necessary defence in their Criminal Codes (Bulgaria, Latvia, Russia). The most common definition is a clear discrepancy between the actions of the defending character and the degree of public danger of encroachment.

Some countries include additional criteria to establish the fact of exceeding the limits of the necessary, such as a special form of guilt, as well as an objective sign in the form of serious negative consequences of harm.

Special rules on liability for harm during the *apprehension of an offender* are provided for in the Criminal Code of Russia, Belarus, Bulgaria, Ukraine, Latvia, and Lithuania.

According to the Criminal Code of Ukraine, any actions of the victim or other persons immediately following a trespass, the apprehending of the offender and bringing him or her to appropriate public authorities and were not in excess of what was necessary for such apprehension, are not deemed to be criminal (Article 38).

The time period, within which lawful harm to an offender is possible, was defined in a different way. For example, the Criminal Codes of Bulgaria, Moldova, and Russia, do not contain any explanations related to the time period.

In Russian criminal law, the prevailing view is that the specified period begins from the moment of preparation for the crime, or the start of the attempted crime, and ends with the expiration of the statute of limitations or limitation of the sentence (if the offender was convicted, but somehow evaded from serving a sentence). In Russian criminal law, the prevailing view is that the specified period starts from the moment of preparation for the crime, or the start of the attempted crime, and ends with the expiration of the statute of limitations for the criminal liability.

As noted in the scientific literature, the institution of *extreme necessity* is one of the oldest measures of criminal law. Decisions on the admissibility of harm to protect a more valuable good were already known to Roman law.

According to the Criminal Code of Russian Federation, the harming of legally-protected interests in a state of *extreme necessity*, that is, for the purpose of removing a direct danger to a person or his rights, to the rights of other persons or to the legally-protected interests of the society or the State, shall not be deemed to be a crime if this danger could not be removed by other means and if there was no exceeding the limits of extreme necessity.

Hegel expressed very precisely the nature of extreme necessity in his classic work “Philosophy of Law”:

“If for example it is only by stealing bread that the wolf can be kept from the door, the action is of course an encroachment on someone’s property, but it would be wrong to treat this action as an ordinary theft. To refuse to allow a man in jeopardy of his life to take such steps for self-preservation would be to stigmatize him as without rights, and since he would be deprived of his life, his freedom would be annulled altogether. Many diverse details have a bearing on the preservation of life, and when we have our eyes on the future, we have to engage ourselves in these details.”

The extreme necessity is always a clash of two protected interests, in which the preservation of one of them is possible only by harming the other. For example, the cashier gives the proceeds to armed criminals. The state of emergency is also possible when two responsibilities collide.

The reasons that create danger (while applying extreme necessity) may be elemental forces of nature (floods, earthquakes, hurricanes, fires, snowdrifts, etc.); actions of animals if they attack not at the instigation of a person; physiological processes in the human body (hunger, thirst, disease, etc.); unlawful behaviour of a person (for example, careless handling of fire), etc.

Some countries, when determining the limits of emergency, do not proceed from the size of the harm inflicted, but from the ratio of the value of the protected goods (interests) and those that are harmed. According to the Criminal Code of Poland, whoever acts with the purpose of averting an immediate danger threatening any interest protected by law, if the danger cannot otherwise be avoided but the interest sacrificed has a lower value than that of the interest rescued, shall be deemed to have not committed an offence. (Article 26).

The legislation sometimes attributed to the conditions of lawfulness of actions by the absence of the cause of harm the obligation to be at risk or to show self-sacrifice in certain situations.

This feature is mentioned in the Criminal Codes of Lithuania and Bulgaria.

The Criminal Code of Lithuania claims:

“A person may not justify a failure to perform a duty by invoking the provisions of immediate necessity, where he is under the obligation to act under the conditions of an increased degree of danger according to his profession, the position held or due to other circumstances” (Article 31).

The Criminal Code of Bulgaria has a different approach: “an act shall be considered not dangerous to society where committed by a person in situation of emergency – in order to save state or public interests, as well as personal or property rights belonging to him or to others, from immediate danger which the acting person could not possibly avert in another way, provided the damages caused by the act are less significant than those averted” (Article 13).

According to the Criminal Code of Poland, the provisions of § 2 shall not be applied when the perpetrator sacrifices an interest which he has a special duty to protect even by exposing himself to personal danger (Article 26, &4).

To qualify the situation above we need to analyse the misread defence as a circumstance that precluding wrongfulness.

The main difference between *misread defence* and other circumstances that exclude the crime of an act is the subjective side, namely in the absence of guilt of the person. For example, a person harms another person, making a mistake regarding the reality of a socially dangerous attack and believing that it protects the rights and interests protected by law.

The *misread defence* shall mean actions resulting in a harm caused in the absence of any real socially dangerous trespass where the person, who misinterpreted actions of the victim's, only mistakenly presumed the reality of such trespass. (The Criminal Code of Ukraine, Article 37).

The Criminal Code of Poland mentions whoever commits an offence in the justified but mistaken conviction that a circumstance has occurred, which constitutes a feature of a prohibited act carrying a less severe penalty, shall be subject to criminal liability under the provision regarding the circumstance warranting this *lesser liability* (Article 28).

Despite the fact that the defence is imaginary, the person's defence is real, and therefore, in order to solve the legal assessment of misread defence, it is necessary to clearly understand the main characteristic signs of this circumstance.

The first feature is the absence of a socially dangerous act. That is, the harm is inflicted on the person that did not commit any illegal, criminal act but, under certain conditions, the person defends himself and incorrectly assesses the actions of the victim. In this case, the harm is caused to a person by coincidence.

The second feature is a false assumption. A person mistakenly perceived the behaviour of another person as a real criminal assault. In other words, due to the uncertainty of the situation, the conditions for necessary defence exist only subjectively, in the mind of a person.

Obedying an order or command is also considered as a circumstance that excludes criminal liability under certain conditions.

The criminal law principles of responsibility in cases of execution of the order were formulated in international criminal law during the Nuremberg International Military. In this process, the defence argued that the defendants committed the relevant acts either by order of their superior or by order of their government. In accordance with this, they allegedly could not refuse to comply with the orders binding. However, the Nuremberg Tribunal rejected this interpretation and found that the existence of a criminal order does not exempt the perpetrator from liability, although it can be considered as a reason to mitigate the punishment.

There are two different approaches to the placing of this circumstance in the system of criminal law and legislation.

In some countries, for example, in Ukraine, Russia these norms are enshrined in the General Part of Criminal Code. The other approach is to apply this circumstance only to military criminal law (Poland) or exclusively to military (Moldova) or international (Estonia) crimes.

In the vast majority of countries, legislation limits the criminal liability of a person for the execution of an order by certain conditions.

The main condition concerns the legality of the order. The Criminal Codes of Russia and Bulgaria states that a person is only liable for the execution of an obviously illegal order. According to the Criminal Code of Hungary, Lithuania, and Ukraine, a person is criminally responsible for executing a deliberately criminal order or instruction.

Physical or mental coercion is recognized as a circumstance excluding criminal liability in many countries of the world (Ukraine, the Russian Federation). This circumstance is not provided for in the Criminal Code of Belarus, Bulgaria, Latvia, Lithuania, or Estonia. However, in the Criminal Code of Belarus, and Estonia, physical and mental coercion are specifically mentioned only as a circumstance, mitigating criminal liability Under the Criminal Code of Hungary and Russia, coercion, depending on its nature, is considered as excluding liability or as a mitigating circumstance.

The Criminal Code of the Russian Federation states that the infliction of harm to legally-protected interests as a result of physical coercion shall not be a crime, if in consequence of such coercion the offender could not control his actions (inaction) (Article 40).

Despite the fact that within criminal law of many countries, physical and mental coercion are included in one article, there are significant differences between them.

Physical coercion is a physical effect on a person in order to force him to commit a socially dangerous action. Mental coercion is understood as a threat of causing any harm in order to force a person to commit a socially dangerous act.

This circumstance should be distinguished from extreme necessity.

According to the Criminal Code of Moldova, Russia, and Ukraine, if a person retained the ability to manage his actions, the issue of criminal liability should be decided according to the rules of extreme necessity. Getting back to the example, who, under the threat of immediate deprivation of his life, gives all money to criminals, despite of coercion still has an ability to control his action.

Justified risk is an action aimed at a socially useful result, which contains the likelihood of a socially dangerous outcome.

The legal norm itself clearly defines the conditions under which it is recognized that the risk was justified, and therefore, harm to the interests protected by criminal law is not considered a crime: actions related to the risk of harm were aimed at achieving a socially useful goal; this goal could not be achieved by an action (inaction) that was not associated with risk; the risk taker has taken sufficient measures to prevent possible harmful consequences.

The concept of reasonable risk, although similar, differs from the concept of extreme necessity. At reasonable risk, harm is caused when the danger has not yet occurred,

and the possibility of its occurrence is to the actions of the person.

As an independent circumstance excluding the wrongfulness of an act, justified risk is provided for in the Criminal Code of Belarus, Bulgaria, Latvia, Lithuania, Moldova, Russia, Slovakia, and Ukraine.

In the Criminal Code of Poland, it is essentially a matter of justified risk when conducting a scientific, medical, technical or economic experiment. Whoever acts with the purpose of conducting a cognitive, medical, technical or economic experiment, shall not commit an offence when the expected benefit is of an essential cognitive, medical or economic importance, and the expectation of these benefits, their purposefulness and the way of conducting the experiment are justified according to the present state of knowledge (Article 27).

The *Consent of the Injured Party* as a circumstance excluding of wrongfulness of an act, is one of the most controversial issues in modern criminal law. It is not typical for countries of Eastern Europe, especially for post-Soviet states. This circumstance is enshrined in the Criminal Code of Slovak Republic.

An act, which otherwise gives rise to criminal liability, shall not be considered as a criminal offence if it was performed with the consent of the injured party and is not prejudicial to the latter's life or limb. (Section 29, the Criminal Code of Slovak Republic).

Some Eastern European countries, such as Belarus, Lithuania, and Poland, have a wide definition of justified risks in this regard. The Criminal Code of Belarus mentions that the risk is not recognized as justified if it was certainly fraught with the threat of death or serious body harm to a person *who*

did not express consent to put his life or health in danger. (Article 39). According to part 3 of Article 35 of the Criminal Code of Lithuania and § 3 of Article 27 of the Criminal Code of Poland, a scientific experiment is prohibited in the absence of *free consent* of the participant in the experiment, informed of the possible consequences.

The criminal laws of countries in Eastern Europe mention the *exercise of legal rights, powers and duties* among the circumstances that exclude wrongfulness of conduct.

However, a person should not exceed his legal authority. This rule is also formulated in the Criminal Code of Lithuania: "a person shall not be held liable under this Code for the damage caused in charge of professional duty, provided he has not exceeded the authority granted to him by laws or other legal acts" (Article 30).

A similar by its nature circumstance is enshrined in the Criminal Code of Ukraine. A compelled causing of harm to legally protected interests by a person shall not be a criminal offence, where such person was undertaking a special mission, pursuant to law, by way of participation in an organized group or criminal organization for the purpose of preventing or uncovering its criminal activities (Article 43).

Conclusion. The criminal legislation of all countries of Eastern Europe enshrines a certain list of circumstances, in the presence of which an act would not have signs of criminal unlawfulness, public danger, guilt, or punishment. Since in each country, these circumstances have different names. Those circumstances provided in the Codes of Eastern European countries significantly differ. The most common among them are self-defense and extreme necessity. They have gained recognition in the criminal law in almost all countries of Eastern Europe.

REFERENCES

1. Buzhor V.G., Guculyak V.I., Spynu I.A. Kommentarij k Ugolovnomu Kodeksu Respubliki Moldova [Comment on The Criminal Code of The Republic of Moldova]. URL: https://criminology.md/books/comentarii_ug_cod_ob_chast.pdf [in Russian].
2. Blaszczyk M., Zientara A. Prawo karne. Minirepetitorium (2020) [Criminal law] Wolters Kluwer Polska. [in Polish].
3. Criminal Code of Belarus. URL: <https://cis-legislation.com/document.fwx?rgn=1977> (дата звернення – 21.02.2021).
4. Criminal Code of the Republic of Bulgaria (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8395/file/Bulgaria_Criminal_Code_1968_am2017_ENG.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
5. Criminal Procedure Code of the Czech Republic (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/6370/file/Czech%20Republic_CC_2009_am2011_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
6. Criminal Code of the Republic of Hungary (English version). URL: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/25/Hungary/show> (дата звернення – 21.02.2021).
7. Criminal Law of the Republic of Latvia (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8266/file/Latvia_CC_1998_am2018_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
8. Criminal Code of Lithuania (English version). URL: <https://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes/country/17/Liechtenstein/show> (дата звернення – 21.02.2021).
9. Criminal Code of the Republic of Moldova (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8281/file/Moldova_CC_2002_am2018_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
10. Criminal Code of the Republic Poland (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/7354/file/Poland_CC_1997_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
11. Criminal Code of the Republic of Romania (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/8291/file/Romania_Penal%20Code_am2017_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
12. Criminal Code of the Russian Federation (English version). URL: https://www.legislationline.org/download/id/4247/file/RF_CC_1996_am03.2012_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
13. Criminal Code of Ukraine (Ukrainian version). URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14> (дата звернення – 21.02.2021).
14. Penal Code of Estonia. URL: https://www.legislationline.org/download/id/8244/file/Estonia_CC_am2019_en.pdf (дата звернення – 21.02.2021).
15. Elementarnyj uchebnyk obshhego ugolovnogo prava s podrobnym izlozheniem nachal russkogo ugolovnogo zakonodatel'stva: Chast' obshhaya [An elementary textbook of general criminal law with a detailed statement of the beginnings of Russian criminal law: General part] Kiev: F.A. loganson. [in Russian]
16. Soloviova A. (2019). Law: basic aspects: [textbook]. Vynnytsia.
17. Pravovij vplyv na nepravomirnu povedinku: aktual'ni hrani: monohrafiya (2016). [Legal Impact on Misconduct: The actual aspects] za red. prof. O.V. Kozachenko, prof. Ye.L. Strel'tsova. Mykolaiv, Ilion. [in Ukrainian].

ЗАРУБІЖНИЙ ДОСВІД ЗАПОБІГАННЯ КРИМІНАЛЬНИМ ПРАВОПОРУШЕННЯМ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ОРГАНІЗОВАНИМИ ГРУПАМИ

FOREIGN EXPERIENCE IN PREVENTING CRIMINAL OFFENSES COMMITTED BY ORGANIZED GROUPS

Єпринцев П.С., к.ю.н., доцент, проректор

Донецького державного університету внутрішніх справ,
директор

Криворізького навчально-наукового інституту

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9790-9565>

У статті узагальнено досвід зарубіжних країн та виокремлені деякі позитивні практики у запобіганні організованій злочинності. Аналіз міжнародного досвіду боротьби зі злочинністю свідчить, що за сучасних умов злочинні прояви створюють реальну загрозу демократичному розвитку та національній безпеці більшості країн світу. Констатовано, що відсутність єдиної національної концепції запобігання, неузгодженість загальнодержавних, регіональних, галузевих державних цільових програм соціальної профілактики за відповідними напрямками не сприяє запобіганню злочинності в країні.

Виокремлено два підходи щодо запобігання організованій злочинності у зарубіжній практиці: традиційний, пов'язаний, насамперед, з належним функціонуванням системи кримінальної юстиції, що охоплює діяльність з розробки: незалежного кримінального законодавства, особливо щодо відмивання брудних грошей і конфіскації злочинно отриманих коштів; процесуального законодавства, передусім того, яке стосується співпраці у сфері правової допомоги; засобів і ресурсів, що дозволяють ефективно провадити заходи запобігання; нетрадиційний – охоплює запобіжну діяльність і включає різного роду підходи на рівні громади (надання громадянам інформації щодо різних збитків і ризиків, що тягне за собою організована злочинність, упровадження гарячих ліній; участь у роботі різних громадських організацій), а також регуляторну політику.

Наголошено, що на сьогодні в нашій країні єдиним нормативно-правовим актом із запобігання організованій злочинності є Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» (1993), який є застарілим, із розбалансованістю норм та їх суперечністю, що не дає змоги вирішувати питань із запобігання організованій злочинності в умовах воєнних дій на території України. Тому важливою передумовою забезпечення ефективної боротьби з організованою злочинністю є створення ефективної (дієвої) нормативно-правової бази, зокрема назріла потреба у терміновій розробці та прийнятті нового Закону України «Про боротьбу з організованою злочинністю в Україні».

Ключові слова: організована злочинність, кримінальне правопорушення, злочин, організована група, зарубіжний досвід, боротьба, запобігання.

The article summarizes the experience of foreign countries and highlights some positive practices in preventing organized crime. Analysis of the international experience of fighting crime shows that under modern conditions, criminal manifestations pose a real threat to democratic development and national security of most countries of the world. It was established that the lack of a unified national concept of prevention, the inconsistency of state-wide, regional, sectoral state targeted social prevention programs in the relevant directions does not contribute to the prevention of crime in the country.

Two approaches to the prevention of organized crime in foreign practice are distinguished: the traditional one, connected, first of all, with the proper functioning of the criminal justice system, which includes the development of: independent criminal legislation, especially regarding money laundering and confiscation of criminally obtained funds; procedural legislation, primarily that which concerns cooperation in the field of legal assistance; means and resources that allow effective prevention measures; non-traditional - covers preventive activities and includes various approaches at the community level (providing citizens with information about the various damages and risks that organized crime entails, the introduction of hotlines; participation in the work of various public organizations), as well as regulatory policy.

It was emphasized that today in our country the only legal act on the prevention of organized crime is the Law of Ukraine «On the Organizational and Legal Basis of Combating Organized Crime» (1993), which is outdated, with imbalanced norms and their contradictions, which does not allow to resolve issues related to the prevention of organized crime in the context of hostilities on the territory of Ukraine. Therefore, an important prerequisite for ensuring an effective fight against organized crime is the creation of an effective (effective) legal framework, in particular, there is an urgent need for the urgent development and adoption of a new Law of Ukraine «On the fight against organized crime in Ukraine».

Key words: organized crime, criminal offense, crime, organized group, foreign experience, struggle, prevention.

Війна розв'язана рф проти України розпочали нову еру стимульованих міжнародних конфліктів, посилили дію наявних в міжнародному безпековому середовищі негативних чинників і запустили додаткові руйнівні тенденції, порушивши міжнародно-правові засади світового порядку. У разі повернення в умовах глобалізації до «права сили» в міжнародних відносинах виникає ризик колапсу міжнародної системи, процес розпаду якої викликати подальше неконтрольоване примноження загроз [1] й зростання організованої злочинності.

Політика держав у сфері запобігання злочинності аж до першої половини ХХ ст. була доволі жорсткою і мала яскраво виражений каральний характер, спираючись у цілому на державну репресію, залякування громадян жорсткістю кримінальних покарань, у структурі яких переважало позбавлення волі, допускались довільне ув'язнення і страти винних у різний спосіб. Натомість профілактичним (некаральним) напрямом правоохорон-

ної діяльності відводилась у той період другорядна роль. Однак поступове пом'якшення починаючи із 70-х рр. ХХ ст. державної правозастосовної практики у США й низці європейських країн сприяло розширенню некаральних напрямів кримінологічної профілактики, особливе місце в якій посіла стратегія зменшення можливостей учинення злочинів.

Перегляд основних підходів правоохоронної діяльності спочатку в США, Великій Британії, а згодом у Німеччині, Франції та інших європейських країнах відбувся внаслідок несприйняття підходу щодо «ліквідації» злочинності, «нейтралізації» її причин і умов. Як відомо, вказані положення були своєрідними мантрами радянської кримінологічної теорії і практики запобігання злочинності, які відповідали на той час комуністичній ідеології та розвитку СРСР. Однак ученим-кримінологам, соціологам, психологам та іншим фахівцям у західних державах удалось раніше зрозуміти хибність таких поглядів, оскільки «зни-

щити», «ліквідувати», «нейтралізувати» чи іншим чином повністю усунути злочинність неможливо. Ця мета прямо суперечить людській природі й деструктивно спрямованій активності більшої частини членів суспільства. Тому слід погодитись із слушною думкою науковців, що мета діяльності із запобігання злочинності полягає саме в комплексному забезпеченні безпеки і надійному захисті охоронюваних цінностей і благ від злочинних посягань. Указана мета може бути досягнута через обмеження дії багатьох криміногенних чинників [2, с. 420; 3]. При цьому цілком можливо контролювати поведінку громадян, тримаючи злочинність у такій спосіб у прийнятних межах, безпечних для суспільства, його членів, сталого розвитку різних сфер розвитку держави [4, с. 8–9].

Сьогодні, аналіз зарубіжного досвіду боротьби зі злочинністю свідчить, що за сучасних умов злочинні прояви створюють реальну загрозу демократичному розвитку та національній безпеці більшості країн світу. Кримінальні елементи, маючи тісні міжрегіональні та міжнародні зв'язки, все частіше спрямовують свої зусилля на встановлення контролю над найбільш прибутковими сферами економічних відносин. Як зазначає М. Г. Вербенський, відсутність єдиної національної концепції запобігання кримінальним правопорушенням, неузгодженість загальнодержавних, регіональних, галузевих державних цільових програм соціальної профілактики за відповідними напрямками не сприяє запобігання злочинності в країні. Таке становище не відповідає проголошеним конституційним положенням про соціальну, демократичну та правову державу, оскільки ситуація, що склалася, не враховує реалій сучасності, адже боротьба зі злочинністю давно перетворилася на глобальну світову проблему, яка набула не лише національного, а й міжнародного, транснаціонального характеру [5, с. 7].

Аналіз міжнародного досвіду боротьби зі злочинністю свідчить, що за сучасних умов злочинні прояви створюють реальну загрозу демократичному розвитку та національній безпеці більшості країн світу. Кримінальні елементи, маючи тісні міжрегіональні та міжнародні зв'язки, все частіше спрямовують свої зусилля на встановлення контролю над найбільш прибутковими сферами економічних відносин. Відсутність єдиної національної концепції запобігання, неузгодженість загальнодержавних, регіональних, галузевих державних цільових програм соціальної профілактики за відповідними напрямками не сприяє запобігання злочинності в країні. Таке становище не відповідає проголошеним конституційним положенням про соціальну, демократичну та правову державу, оскільки ситуація, що склалася, не враховує реалій сучасності, адже боротьба зі злочинністю давно перетворилася на глобальну світову проблему, яка набула не лише національного, а й міжнародного, транснаціонального характеру [6, с. 7].

На сьогодні у сфері запобігання організованим злочинності можна виокремити два основні підходи – традиційний і нетрадиційний.

Перший (традиційний), пов'язаний, насамперед, з належним функціонуванням системи кримінальної юстиції, що охоплює діяльність з розробки:

- 1) незалежного кримінального законодавства, особливо щодо відмивання брудних грошей і конфіскації злочинно отриманих коштів;
- 2) процесуального законодавства, передусім того, яке стосується співпраці у сфері правової допомоги;
- 3) засобів і ресурсів, що дозволяють ефективно проводити заходи запобігання (спеціалізовані центральні агентства боротьби з небезпечними організованими угрупованнями та злочинними організаціями).

Другий (нетрадиційний) – охоплює запобіжну діяльність і включає різного роду підходи на рівні громади (надання громадянам інформації щодо різних збитків і ризиків, що тягне за собою організована злочинність, упровадження

гарячих ліній; участь у роботі різних громадських організацій), а також регуляторну політику [7, с. 177].

Виокремлюють два підходи до інституціонального забезпечення запобігання організованим злочинності: в першому випадку запобігання організованим злочинності здійснюють правоохоронні органи взагалі, без створення спеціальних органів, покликаних протидіяти організованій злочинності; в другому – створюються спеціалізовані органи та їх підрозділи. Другий варіант є більш цікавим для впровадження зарубіжного досвіду, тому ми розглянемо його на прикладі США, Великобританії, Німеччини, Канади, Австрії, Італії, Польщі, Австралії, Хорватії.

Так, для підвищення ефективності діяльності з протидії організованій злочинності, зокрема належного виявлення та розслідування, у деяких європейських країнах створюються спеціалізовані органи. Система правоохоронних органів США є складним конгломератом нейтралізованих (федеральних) і децентралізованих (місцевих) структур. Завдання боротьби з організованою злочинністю тією чи іншою мірою покладено на федеральні правоохоронні відомства, яких у США нараховується більше сімдесяти. У складній багатосуб'єктній системі федеральних правоохоронних органів США все ж таки можна виділити кілька головних міністерств, які відіграють провідну роль у боротьбі з організованою злочинністю в країні:

1) Федеральне бюро розслідувань (у діяльності сучасного ФБР пріоритетним є напрям боротьби з організованою злочинністю);

2) Державна атторнейська служба (прокуратура);

3) Велике журі (Велике журі складається з 23 присяжних та є органом досудового розслідування і віддання до суду, воно не розглядає кримінальні справи і не виносить обвинувальних вироків. Результатом розгляду справи Великим журі може бути або її припинення, або направлення до суду з обвинувальним висновком) [8, с. 142–144]. Крім того, відповідно до Програми боротьби з організованою злочинністю федеральним урядом США створено об'єднання «Ударні сили». Головне завдання «Ударних сил», що діють під загальним керівництвом Міністерства юстиції США та в тісному контакті з правоохоронними органами штатів, полягає у виявленні груп організованої злочинності. До обов'язків «Ударних сил» віднесено пошук доказів злочинної діяльності учасників незаконного підприємництва. Правовий режим діяльності «Ударних сил» визначається кримінально-процесуальним законодавством і спеціальними інструкціями Міністерства юстиції США [9, с. 84].

Значну роль у боротьбі з організованою злочинністю відіграє і Міністерство фінансів США, зокрема такі його структурні підрозділи, як Секретна служба (розслідування фінансових справ, пов'язаних з організованою злочинністю); Служба внутрішніх доходів (виявлення фактів корупції та ухилень від сплати податків); Бюро по алкоголю, тютюну і вогнепальній зброї (виявлення порушень законодавства в частині, що стосується виробництва і збуту зазначених товарів).

Питаннями боротьби з організованою злочинністю певною мірою займаються Митна служба, Поштова служба, Міністерство праці США, Комісія з цінних паперів і бірж, Держдепартамент.

Відповідно до чинного в США законодавства відповідальність за боротьбу з організованою злочинністю покладено на правоохоронні органи всіх рівнів: федеральні, штатів і місцеві. Але головним відомством по боротьбі з організованою злочинністю слід вважати ФБР, організаційна структура якого включає Головне управління (м. Вашингтон) і 59 регіональних агентств і відділень. Регіональні представництва включають по декілька місцевих відділень. Місцеві відділення складаються з декількох агентів або груп спеціальних агентів, залежно від чисельності населення й кількості проведених розслідувань.

В основі структурної побудови регіональних представництв ФБР лежить лінійна спеціалізація. У більшості регіональних агентств існують відділи з розслідування особливо небезпечних злочинів. Крім того, ФБР має у своєму розпорядженні добре підготовлені й оснащені підрозділи спеціального призначення для проведення силових операцій по затриманню озброєних злочинців. Цікавим є те, що штатна чисельність великих відділів ФБР передбачає посади юрисконсультів, які консультують працівників з конкретних питань застосування законів і допомагають складати важливі процесуальні документи.

Для проведення розслідувань, які торкаються компетенції інших право-охоронних органів, як правило, створюються сумісні робочі групи з включенням у них місцевих поліцейських, а також працівників інших відомств. Керівництво такими групами здійснюють працівники ФБР.

Особливої уваги заслуговує процес підбору персоналу в ФБР, до якого висуваються високі вимоги. Кандидати на посади оперативних працівників підбираються з осіб, за віком не молодших 23 і не старших 35 років, які мають університетську освіту, стаж роботи зі спеціальності не менше трьох років й відміне фізичне здоров'я. Кожен кандидат проходить тестування для визначення загального рівня інтелектуального розвитку і психологічного стану. Кандидати, які мають найліпші показники, перевіряються на благонадійність, включаючи тести на детекторі неправди й співбесіду з комісією з досвідчених працівників відомства. Внаслідок жорсткого конкурсного добору тільки 3–5 % кандидатів зараховується до ФБР, при цьому їм призначається річний іспитовий термін. Після іспитового стажування і позитивного висновку працівник приймає присягу і направляється на навчання до Академії ФБР, в якій проходить від 16 до 24 тижнів курс спеціальної підготовки.

Після навчання, протягом двох років вони працюють під наглядом досвідчених працівників (наставників), які надають їм практичну допомогу і діляться своїм досвідом. Для вивчення всіх напрямів діяльності ФБР і визначення подальшої спеціалізації, новачки періодично переводяться з одного відділу до іншого.

Такі вимоги до підбору персоналу забезпечують високу його стабільність. Більшість працівників служить до виходу на пенсію, оскільки цінують свою роботу і не прагнуть її змінити. Таке поняття, як кадровий некомплект, у них відсутнє, оскільки кожний новий працівник планується на конкретне місце, що звільняється.

Цікавим організаційно-управлінським рішенням щодо посилення взаємодії різних правоохоронних органів у боротьбі з організованою злочинністю є створення спеціалізованих «ударних сил», які виникли як реакція на діяльність мафіозних кланів і корупцію в правоохоронних органах. Такі «ударні сили» налічують від 20 і більше представників різних федеральних відомств, які відряджені для виконання поставлених завдань. До основних завдань належать: боротьба з корупцією; практична координація зусиль і можливостей всіх державних установ у протидії організованій злочинності; подолання міжвідомчих бар'єрів і протиріч; створення максимально сприятливих умов для швидкого вирішення будь-яких проблем, що виникають під час розслідувань. Особливо слід відмітити, що завданням «ударних сил» є не координація міжвідомчих дій у боротьбі з організованою злочинністю взагалі (як, наприклад, створений Координаційний комітет в Україні), а ліквідація конкретних організованих злочинних груп. Тому основною формою їх роботи є не проведення засідань, а практична оперативно-розшукова і слідча діяльність [10]. На нашу думку, такий досвід боротьби з організованою злочинністю доцільно запровадити і в Україні.

Важливе значення має створення в місцевих поліцейських управліннях (відділах) спеціалізованих підрозділів

по боротьбі з організованою злочинністю, діяльність яких організована за територіальним і спеціалізованим принципом обслуговування.

Для ефективного ведення боротьби з організованою злочинністю вищезазначені підрозділи всіх рівнів мають добре організовану розвідувальну службу поліції (РСП), основним завданням якої є збір (отримання) необхідної інформації [11, с. 35].

У Великобританії з 1 квітня 2006 р. діє Служба по боротьбі з найбільш небезпечною організованою злочинністю SOCA (Serious Organised Crime Agency), пріоритетними напрямками діяльності якої є: підвищення рівня обізнаності населення про організовану злочинність; збільшення обсягу повернених коштів, отриманих незаконним шляхом і числа розкритих кримінальних справ; підвищення загрози для діяльності організованих злочинних угруповань у Великобританії завдяки відпрацьованим оперативним і слідчим діям, а також впровадженню нових способів боротьби з цим явищем [6, с. 180].

В Італії, з метою посилення боротьби з організованою злочинністю, Парламент країни заснував спеціальну Генеральну Раду по боротьбі з організованою злочинністю, а також окружні управління по боротьбі з організованою злочинністю та мафією і окремо – Державне управління по боротьбі з мафією та слідче управління по боротьбі з мафією. Крім того, в складі Генеральної прокуратури Італії створено оперативно-слідче управління по боротьбі з організованою злочинністю та мафією. Таким чином, Національне управління по боротьбі з організованою злочинністю та мафією, окружне управління й оперативно-слідче управління по боротьбі з організованою злочинністю складають систему багатфункціональних, спеціалізованих оперативних, слідчих та інформаційних елементів з питань протидії організованій злочинності. Кожні шість місяців міністр внутрішніх справ доповідає парламенту про проведenu роботу. Передбачено також щорічну доповідь міністра парламенту з усього комплексу проблем, пов'язаних з організованою злочинністю [8, с. 83].

Зростання рівня організованої злочинності та наркоманії викликало необхідність створення в системі МВС Австрії двох нових структур: Федеральної служби по боротьбі з організованою злочинністю; Центрального департаменту з розслідування злочинів, пов'язаних з розповсюдженням і вживанням наркотиків. До складу першої структури увійшли: група, яка здійснює фінансові розслідування і розслідування злочинів, пов'язаних з відмиванням грошей злочинними організаціями. Австрійські банки зобов'язані повідомляти в цей відділ про підозрілі фінансові операції [11, с. 9].

У Хорватії у 2001 році у структурі Державної прокуратури Хорватії було створено Управління по боротьбі з корупцією і організованою злочинністю (Ured za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminala – USKOK). Начальник Управління є одночасно Заступником Генерального прокурора і призначається на посаду Генеральним прокурором на чотири роки за погодженням Міністра юстиції та Ради державних прокурорів. Спеціальні прокурори Управління призначаються Генеральним прокурором за поданням начальника Управління. Управління здійснює керівництво і нагляд за розслідуванням злочинів, пов'язаних з корупцією і організованою злочинністю, та підтримання обвинувачення. Управління само не проводить розслідування правопорушень. Воно лише здійснює нагляд і керівництво офіцерами поліції, які в основному працюють у Департаменті поліції по боротьбі з економічними злочинами і корупцією [12, с. 10].

Слід відмітити, що «професійна» діяльність злочинних організацій часто передбачає сукупність взаємопов'язаних злочинів, до яких часто можуть бути причетні певні фізичні особи та організації, які перебувають під слідством у різних відомствах через вчинення

окремих злочинів. Незважаючи на правові інтерфейси, що дозволяють відомствам обмінюватися інформацією, низкою країн передбачено механізми, які допомагають відомствам здійснювати пряме співробітництво під час розслідування злочинів за допомогою спільних слідчих груп. Це дозволяє забезпечити більш прямий і швидкий обмін інформацією, а групи з різних відомств отримують можливість здійснювати координацію розслідувань, сприяючи тим самим кращому використанню своїх технічних навичок і повноважень [13, с. 97]. Проведення спільних розслідувань може дозволити посадовим особам різних відомств створити мережу контактів, підвищити рівень розуміння особливостей роботи кожного окремого відомства, а також підвищити ефективність інших сфер співробітництва. Це також може сприяти зниженню витрат за рахунок усунення дублювання, яке може мати місце при паралельному проведенні декількох розслідувань.

Показовим прикладом такої співпраці є австралійський проект Вікенбай (Project Wickenby), що представляє собою міжвідомчу робочу групу, створену в 2006 році для захисту цілісності фінансової та регуляторної систем Австралії за допомогою встановлення заборони на рекламу або участь у несумлінному використанні «гаваней конфіденційності». Податкова адміністрація Австралії є пріоритетним відомством для всього проекту, іншими відомствами, що беруть участь у роботі спільної слідчої групи, є: Комісія Австралії з питань злочинності, Федеральна поліція Австралії, Комісія Австралії з цінних паперів та інвестицій, Директор Співдружності Прокуратур, Підрозділ фінансової розвідки, Департамент Генерального Прокурора та Адвокат Уряду Австралії. Було при-

йнято спеціальне законодавство, що дозволяє відомствам більш активно обмінюватися інформацією для цілей проведення розслідувань в рамках Проекту Вікенбай (Project Wickenby), ніж це допускається зазвичай. Робоча група співпрацює з австралійськими та міжнародними органами в сфері попередження, виявлення і боротьби з неправомірними схемами, що включають в себе «гавані конфіденційності»; міжнародне ухилення від сплати податків; порушення фінансових законів і правил Австралії; спроби шахрайства відносно співтовариства, включаючи інвесторів і кредиторів; відмивання грошових коштів, здобутих злочинним шляхом; приховування доходів або майна. В результаті розслідувань, проведених в рамках Проекту Вікенбай (Project Wickenby), за станом на 29 лютого 2012 року 65 особам були пред'явлені звинувачення в скоєнні злочинів, відносно 22 осіб винесено обвинувальні вироки, в бюджет було стягнуто додаткових податків на суму приблизно 1,275 млрд австралійських доларів [14].

Підводячи підсумки, варто наголосити, що на сьогодні в нашій країні єдиним нормативно-правовим актом із запобігання організованій злочинності є Закон України «Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю» [15], який є застарілим, із розбалансованістю норм та їх суперечністю, що не дає змоги вирішувати питання із запобігання організованій злочинності в умовах воєнних дій на території України. Тому важливою передумовою забезпечення ефективної боротьби з організованою злочинністю є створення ефективної (дієвої) нормативно-правової бази, зокрема назріла потреба у терміновій розробці та прийнятті нового Закону України «Про боротьбу з організованою злочинністю в Україні».

ЛІТЕРАТУРА

1. Про Стратегію національної безпеки України : Указ Президента України від 14 верес. 2020 р. № 392. URL: <https://www.president.gov.ua/news/volodimir-zelenskij-zatverdiz-strategiyu-nacionalnoyi-bezpek-63577>
2. Литвинов О. М. Соціально-правовий механізм протидії злочинності в Україні : монографія. Харків : Вид-во ХНУВС, 2008. 446 с.
3. Литвинов О. М. Стратегія протидії злочинності. *Вісник Асоціації кримінального права України*. 2013. № 1. С. 377–387.
4. Колодяжний М. Г. Сучасний зарубіжний досвід громадського впливу на злочинність : монографія / за ред. В. В. Голіни. Харків : Право, 2017. 252 с.
5. Вербеньський М. Г. Транснаціональна злочинність : монографія. Дніпропетровськ: Дніпроп. держ. ун-т внутр. справ; Ліра ЛТД, 2009. 356 с.
6. Шостко О. Ю. Аналіз ефективної діяльності системи кримінальної юстиції у сфері протидії організованій злочинності в окремих європейських країнах. *Проблеми законності*. 2009. № 1. С. 176–185.
7. Верченко Л. С. Система та компетенція правоохоронних органів США, які протидіють організованій злочинності. *Право і суспільство*. 2009. № 5. С. 141–147.
8. Чубенко І. Зарубіжний досвід боротьби з корупцією в органах виконавчої влади. *Вісник державної служби України*. 2003. № 1. С. 81–87.
9. Джужа О. М. Світові кримінологічні системи запобігання злочинам. *Науковий вісник Національної академії внутрішніх справ*. 2019. № 1 (110). С. 7–12. doi: <https://doi.org/10.33270/01191101.7>
10. Don. R. Harries Basic Elements of Intelligence. A Manual of Theory, Structure and Procedures for Use by Law Enforcement Agencies Against Organized Crime. LEAA, Department of Justice, Wash., D.C., 2021. P. 35–42.
11. Волощук А. М. Державно-правова політика в сфері протидії незаконному обігу наркотичних засобів, психотропних речовин та прекурсорів: зарубіжний досвід. *Митна справа*. 2011. № 1. С. 8–17.
12. Романюк Б. В. Світовий досвід створення та функціонування інституцій з попередження та боротьби з корупцією. *Боротьба з організованою злочинністю і корупцією (теорія і практика)*. 2010. № 22. С. 3–12.
13. Макаренко Н. К. Організована та професійна злочинність в Україні: взаємозумовленість і взаємовплив. *Юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ*. 2016. № 2 (12). С. 94–101.
14. Харкевич О. О. Организованная преступность – вызов мировому сообществу. *European reforms bulletin. Luxemburg*. 2016. № 4. С. 30–35.
15. Про організаційно-правові основи боротьби з організованою злочинністю : Закон від 30 черв. 1993 р. № 3341-XII. *Верховна Рада України*. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3341-12#Text>

**Запорізький національний університет
Міністерства освіти і науки України**

**Електронне наукове фахове видання
«Юридичний науковий
електронний журнал»**

№ 4, 2021

**Запорізький національний університет
Запоріжжя 2021**